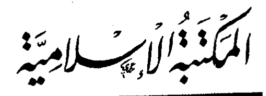
الوجيز
في
القواعد الفقهية

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الأولى

١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م

رقم الإيداع: ٢٠٠٥/١٩١٤٢



القاهرة : ٣٨ ش صعب صالح ، عين شمس الشرقية ، تليفاكس : ٤٩٩١٢٥٤ - ٠١٠٦٨٦٨٣٣٣

الوجيز
في
القواعد الفقهية

تأليف

الأستاذ الدكتور

عبد العزيز محمد عزام

العميد الأسبق لكلية الشريعة

والرئيس الأسبق لقسم الفقه العام بكلية الشريعة

جامعة الأزهر

المكتبة الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد: فقد تناولت في هذا الكتاب بالشرح والإيضاح أهم القواعد الفقهية التي لا يستغني عنها من يتصدى لدراسة الفقه، فإن من يدرس هذه القواعد تتكون لديه الملكة العلمية، وبقدر الإحاطة بها يعظم فكره، وتتضح له مناهج الفتوى؛ لأنه يكون قد ضبط الفقه بقواعده الكلية واستغنى عن حفظ الجزئيات لاندراجها في الكليات وتناسب عنده ما تناقض عند غيره كما قال الإمام القرافي.

وقد تضمن هذا الشرح بيان معنى القواعد الفقهية، ومميزاتها، ومكانتها في الشريعة، وأنواع القواعد ومراتبها، والفرق بين علم الفقه وعلم أصول الفقه وعلم قواعد الفقه، وأشهر الكتب المؤلفة في القواعد الفقهية ثم ذكرت لمحة تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية وتطورها وتدوينها، ثم أوردت مجموعة من القواعد بينت في كل قاعدة أصل القاعدة ودليلها ومعناها اللغوي والشرعي، وما تدل عليه القاعدة بصفة عامة، وألحقت بكل قاعدة فروعها المندرجة تحتها والخارجة عنها، وموقف الفقهاء من هذه الفروع مقرونًا ذلك بالدليل وبشرح موجز لطيف مناسب للدراسة.

راجيًا من الله القبول، وأن ينفع به طلاب العلم والدين.

المؤلف

معنى القاعدة الفقهية

القاعدة: تجمع على قواعد، والقاعدة في اللغة أساس الشيء وأصله، معنويًا كان ذلك الشيء أو حسيا، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿١٢٧﴾﴾ [سورة البقرة: آية ١٢٧]، وقوله جل شأنه: ﴿قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُم مِّنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِن فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ ﴿٢٦﴾﴾

[سورة النحل: آية ٢٦].

فالقاعدة في هاتين الآيتين بمعنى الأساس وهو ما يرفع عليه البنيان. وقد تطلق القاعدة على الشيء المعنوي فيقال: قواعد الإسلام وقواعد النحو وقواعد الأصول[1] وكلها قواعد معنوية، ويؤخذ من هذا أن القاعدة في اللغة: أساس الشيء والأصل الذي ينبني عليه غيره سواء كان حسيًا أو معنويًا.

أما القاعدة في الاصطلاح الفقهي فيختلف مفهومها باختلاف العلوم، ويتعدد اصطلاحها بتعدد المجالات. فعند الأصوليين والنحاة: حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته، لتعرف أحكامها منه، مثل قول الأصوليين: الأمر إذا جرد عن القرائن أفاد الوجوب، ومثل قول النحاة: الفاعل مرفوع والمفعول به منصوب.

وهناك قواعد قانونية وهندسية وعشرات من العلوم لكل منها قواعدها واصطلاحاتها الخاصة.

---

(١) معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الأصفهاني، تحقيق: نديم قرعي (ص٤٢٤)، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان.

وأما الفقهاء فقد عرفوا القاعدة بقولهم: هي الحكم الكلي المنطبق على جميع جزئياته غالبًا؛ لتعرف أحكامها منه[١] ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني: مبادئ القانون[٢].

فالقواعد الفقهية قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات يعلم حكمها من تلك القواعد وهي منطبقة على معظم جزئياتها غالبًا. فقولهم في التعريف «غالبًا» معناه أن هذه القواعد أغلبية؛ إذ أن كثيرًا من القواعد تشذ عنها بعض مسائل تعتبر مستثناة منها ولا يقدح ذلك في كونها قاعدة ولا ينقص من قيمتها العلمية في ضبط فروع الأحكام العملية فهي تجمع شتاتها وإن اختلفت أبوابها وموضوعاتها ولولا القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعًا متناثرة وقد تتعارض ظواهرها إذا بقيت بدون أصول تمسك بها وتجمع بين جزئياتها غالبًا. وإلى هذا يشير القرافي بقوله: ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت.

فالقواعد الفقهية تختص بالفقه باعتبار أن فروعه مبنية على تلك القواعد فهي تلك المسائل الكلية التي يندرج تحتها مجموعة من الأحكام الشرعية المتشابهة تشابهًا يجعلها مندرجة تحت تلك القضايا الكلية وذلك كقاعدة **«لا ضرر ولا ضرار»** وقاعدة **«الضمان بالإتلاف»**، و**«الغنم بالغرم»**، والقول: بأن **«العبرة في العقود**

---

(١) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر للحموي (ص٢).

(٢) المدخل الفقهي العام فقرة ٥٥.

بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني» وما إلى ذلك.

فالقواعد الفقهية: هي نصوص موجزة تتضمن أحكامًا تشريعية هامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها، وتتجدد بتجدد الزمن فتشمل ما كان وما سيكون من وقائع وحوادث فميزتها إيجاز الصياغة مع عموم المعنى والاستيعاب للفروع الجزئية[١].

وقد عرفت القواعد في عصر الأئمة المجتهدين بما قاله القرافي في كتابه الفروق بقوله: قد اشتملت الشريعة على أصول وفروع وأصولها قسما: أصول الفقه والثاني: قواعد كلية فقهية لكل قاعدة من الفروع ما لا يحصى.

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع[٢] إذ هي ثمرة الأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة يجتهد فيها فقيه مستوعب للمسائل فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط هو القاعدة الكلية التي تحكمها كما نرى في كتاب: «**تأسيس النظر**» للعلامة عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي فقد اشتمل هذا الكتاب على ست وثمانين قاعدة، كما أن الإمام عز الدين بن عبد السلام الفقيه الشافعي ألف كتابا في القواعد أسماه «**قواعد الأحكام في مصالح الأنام**».

وكذلك الإمام القرافي المالكي جمع في كتابه من القواعد خمسمائة وثماني وأربعين قاعدة كما نص هو على ذلك وجاء بعد هؤلاء العلامة عبد الرحمن بن

(١) المنثور في القواعد للزركشي، (١/ ١٠).

(٢) الفروق (١/ ٦).

رجب الحنبلي ووضع كتابه: «**قواعد الفقه**» وجاء مشتملا على قواعد كثيرة جدا وهكذا كتب: الأشباه والنظائر للإمام ابن السبكي والإمام السيوطي من الشافعية، والأشباه والنظائر للإمام ابن نجيم الحنفي، وكلها قد جمعت الكثير من الجزئيات المتفرقة المتشابهة ووضعتها تحت قاعدة فقهية كلية.

* * *

توضيح الفروق بين القواعد من حيث الشمول

القواعد الفقهية ليست على درجة واحدة من حيث الشمول والعموم فهناك القواعد الكلية الكبرى وهي تشبه النظريات العامة في العصر الحديث؛ لاستيعابها أحكامًا كثيرة لا تحصى من مختلف أبواب الفقه وهي في نفس الوقت لم يختلف على واحدة منها مذهب من المذاهب الفقهية بل اتفق الجميع على اعتبارها والاعتداد بها.

فأصل القواعد الكبرى متفق عليه وإنما الخلاف في إدخال بعض المسائل تحتها وهذه القواعد هي القواعد الخمس: قاعدة «**الأمور بمقاصدها**»، وقاعدة: «**اليقين لا يزول بالشك**»، وقاعدة: «**الضرر يزال**» ومثلها قاعدة: «**لا ضرر ولا ضرار**»، وقاعدة: «**المشقة تجلب التيسير**»، وقاعدة: «**العادة محكمة**»، وهناك قواعد كبرى أقل شمولا للفرع من هذه القواعد وهي متفق عليها أيضًا بين المذاهب الفقهية ومنها ما يندرج تحت القواعد الخمس السابقة.

ومنها ما لا يندرج تحت أي منها، وتشتمل على فروع من أبواب فقهية كثيرة وتسمى قواعد فرعية، أو جزئية مثل قاعدة: «**إعمال الكلام أولى من إهماله**»[(١)]، و«**الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد**»، و«**إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام**»[(٢)]، و«**الإيثار في القرب مكروه وفي غيره محبوب**»، و«**التابع تابع**»، و«**الحدود تسقط**

---

(١) الفروق (١/ ٣).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠٥)، وابن نجيم (ص١٠٩)، والمنثور (١/ ١٢٥).

بالشبهات»، و«**الحر لا يدخل تحت اليد**»، وغيرها من القواعد.

وهناك قواعد عامة اختلف الفقهاء في شأنها وفي أحكام القضايا المندرجة تحتها، أو القابلة للاندراج تحتها، وهذه القواعد ترد صيغتها مقرونة بالاستفهام ومثالها: الظن هل ينقض بالظن أو لا؟، والعقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أو لا؟، وهل العبرة بالحال أو بالمآل؟، والنادر هل يلحق بجنسه أو بنفسه؟.

ومثل هذه القواعد يتردد كثير منها على ألسنة الفقهاء حينما يتعرضون لسبب الخلاف في المسألة مثل ابن رشد في بداية المجتهد، والدبوسي في تأسيس النظر، والأئمة المجتهدين أبي حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل وغيرهم[١].

ومنها قواعد ذات مجال ضيق من حيث اشتمالها على الفروع الفقهية فمجالها في الفروع خاص بباب واحد من أبواب الفقه غالبًا فهي أحكام متشابهة لنوازل كثيرة ولكنها من باب واحد، وقد أطلق عليها ابن السبكي القواعد الخاصة[٢]

وهي بمعنى الضابط وفق من يرى أنه مختص بباب واحد، وهذا النوع من القواعد منها ما اتفق عليه مثل قولهم: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور، وكل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور، وكل طير مباح الأكل.

ومنها ما اختلف فيه مثل قولهم: كل عضو غسل يرتفع حدثه أو لا إلا بالكمال والفراغ، وكل جزء في الصلاة قائم بنفسه، أو صحة أوله متوقفة على صحة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٢).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٢٠٠).

آخرها، ومثل هذه القواعد يطلق عليها اسم الضابط كما ذكرنا لأنها تضبط أحكامًا من باب واحد، أو جزء باب، والغالب فيما اختص بباب وقصد به صور متشابهة أن يسمى ضابطا[1].

ويدخل في ذلك القواعد التي تختص بباب واحد مثل: «كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد»، و«الجمادات طاهرة إلا المستحيل إلى نتن، أو إسكار». و«الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم»، و«كل مكروه في الجماعة يسقط فضيلتها»[2].

نبذة تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية وتطورها:

ظهرت في عصر الرسالة، أو عصر التشريع البذرة الأولى للقواعد الفقهية، فإن النبي ﷺ الذي لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى، كانت أحاديثه الشريفة في كثير من الأحكام بمثابة القواعد العامة التي تندرج تحتها فروع فقهية وهي بجانب كونها مصدرًا خصبًا للتشريع واستنباط الأحكام تمثل القواعد الكلية الفقهية ودل على ذلك بعض الأحاديث مثل قوله ﷺ: **«الخراج بالضمان»**، **«لا ضرر ولا ضرار»**، **«والبينة على المدعي واليمين على من أنكر»**، وغيرها من جوامع الكلام.

وهذه قد أضحت عند الفقهاء قواعد ثابتة مستقلة وجرت مجرى القواعد الفقهية والذي يبدو أن كل ما ورد عن النبي ﷺ وكذا الصحابة رضوان الله عليهم

---

(١) مخطوط الأشباه والنظائر للسبكي.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٣٨).

لا يمثل النشأة الحقيقية للتقعيد، ولا لظهور العلم الخاص بذلك، لكننا لا نستطيع أن نقول: إن نصوص الشارع من كتاب أو سنة خالية من القواعد بل هي القواعد الأساسية في بناء الشرع والمصدر الأول لاستنباط الأحكام والقواعد، وذلك لأننا نقصد إلى الكلام عن نشأة القواعد وظهورها باعتبارها علما من العلوم وفنًا مستقلاً وهذا أمر اجتهادي مبني على نظر أو استقراء احتاج إلى فترة زمنية ليست قصيرة بها فيها الفقه إلى أن ازدهرت فروعه ونضجت مباحثه.

ومن ثم فإن القواعد الفقهية لم توضع كلها مرة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معلومين، بل تكونت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدريج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح استنباطا من دلالات النصوص الشرعية العامة ومبادئ أصول الفقه وعلل الأحكام والمقررات العقلية، ثم اكتسبت صيغها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصقل والتحرير[1] على أيدي فقهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال، فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسالك الاستدلال القياسي عليها أعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد وإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى، وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها. ولا يعرف لكل قاعدة صانع معين من الفقهاء إلا ما كان منها نص حديث نبوي كقاعدة: «**لا ضرر ولا ضرار**»، وما أثر عن بعض أئمة

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ص١١٨).

المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد كقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في كتاب: «الخراج» الذي وضعه للرشيد: «ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»[١].

وكانت هذه القواعد تسمى «أصولا» فكثيرًا ما نرى شراح المذهب الحنفي في تعليلات الأحكام كما نرى المؤلفين القدماء في القواعد الفقهية يقولون: من أصول أبي حنيفة، أو الأصل عند أبي حنيفة كذا وكذا وهذا ما نراه واضحًا في كتاب: «تأسيس النظر» للدبوسي الحنفي حيث يقول: الأصل عند أبي حنيفة أن الشيء إذا غلب عليه وجوده يجعل كالموجود حقيقة[٢] ويقول أيضا: الأصل عند علمائنا الثلاثة أن الخبر المروي عن النبي ﷺ من طريق الآحاد مقدم على القياس الصحيح وعند مالك ؓ القياس الصحيح مقدم على خبر آحاد[٣].

وتعد القواعد الفقهية من جوامع الكلم إذ يندرج تحتها ما لا يحصى من المسائل الفقهية المختلفة. ولهذا فإنها من حيث الصياغة تتميز بالإيجاز في التعبير مع شمولية المعنى وغالبًا ما تكون من كلمات معدودة كقاعدة: «العادة محكمة»، و«الخراج بالضمان»، و«الأمور بمقاصدها». فهذه القواعد الثلاث رغم كلماتها الموجزة فهي تتسع لكثير من الأحكام والفروع، وقد ذكر الشافعي أنه يدخل في

(١) الخراج فصل موات الأرض رد المحتار (٢/ ٢٥٧).

(٢) تأسيس النظر (ص١٦). الطبعة الثانية، دار الفكر.

(٣) المرجع السابق (ص٩٠).

قاعدة: الأمور بمقاصدها سبعين بابًا من أبواب الفقه[١]

وقد تكون في صياغتها مطابقة لنص من نصوص السنَّة المطهرة وذلك في قواعد كثيرة منها: «**لا ضرر ولا ضرار**»، «**الخراج بالضمان**»، و«**إنما الأعمال بالنيات**»، فإن هذه النصوص استخدمها الفقهاء في كتبهم على أنها قواعد فقهية وإن كانت مطابقة لنص حديث نبوي، وقد تكون في صياغتها مطابقة لحكمة معروفة، أو تكون مثلًا من الأمثال المشهورة كما في القواعد التالية: «الخليل مجالس لخليله»، «من لازم حصل»، «من اجتهد نال».

وقد تتضمن القاعدة بعض التفصيل إذا كانت من قواعد الخلاف كما في القاعدة التي تقول: «لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر لضمان أو نحوه فيجوز»[٢]. ومن الأدلة على تطور صياغة القواعد الفقهية أن كثيرًا من صيغ القواعد تختلف في كتب المتأخرين عنها في كتب المتقدمين فمثلًا القاعدة المتداولة في كتب المتأخرين في كون الإقرار إنما يلزم صاحبه المقر ولا يسري حكمه على غيره نصها يقول: «الإقرار حجة قاصرة»[٣].

وإذا رجعنا إلى أصل هذه القاعدة في قواعد الإمام الكرخي فنجدها تقول[٤]: «إن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠١). وأصول الكرخي (ص[illegible]١).

(٢) القواعد لابن رجب (ص١١٠).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٢٢٥).

(٤) أصول الكرخي (ص١١٢).

إلزام الغير حقا». وكذلك القاعدة التي تنص على أن «الاجتهاد لا ينقض بمثله»[١].
أصلها في قواعد الكرخي: «الأصل أنه إذا قضي بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص»[٢].

تدوين القواعد الفقهية وتطور التأليف فيها:

قد يكون من الصعوبة بمكان تحديد تاريخ تدوين القواعد بدقة وإثبات أطوار الصيغ المتعاقبة على كل قاعدة مادامت لم توضع دفعة واحدة ولا في وقت واحد. والظاهر أن أول محاولة في تدوين القواعد ما قام به أبو طاهر الدباس إمام الحنفية وهو ممن عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة حيث جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية، وكان أبو طاهر ضريرًا يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد خروج الناس منه، فكانت هذه القواعد حافزًا للإمام أبي الحسن الكرخي أن يأخذها ويضيف إليها غيرها إلى أن أوصلها إلى تسع وثلاثين قاعدة[٣].

ثم جاء أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي فدون كتابه: «تأسيس النظر» وضمنه طائفة مهمة من القواعد الفقهية العامة والخاصة مع التفريع على كل منها بفوائد جمة واستطرادات كثيرة مع مجموعة من الضوابط الخاصة والأفكار التوجيهية لرجال المذهب في بيان طرق الاستنباط فكان كتاب: «تأسيس النظر»

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠١).

(٢) أصول الكرخي (ص١١٨).

(٣) الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي (١/ ١٨٦).

بداية حركة التقعيد لهذه القواعد وتدوينها في أواخر القرن الثالث الهجري.

أما الكتاب فهو كتاب في علم الخلاف والفقه المقارن فهو أول كتاب ظهر في الفقه الموازن قبل أن يكون كتابا في القواعد الفقهية وميزة هذا الكتاب أنه يهدف إلى معرفة كيفية إيراد الحجج الشرعية على الأقوال والآراء، وكيفية دفع الشبهة وقواعد الأدلة الخلافية، وذكر البراهين في المسألة. يقول المؤلف في المقدمة: جمعت في كتابي هذا أحرفا إذا تدبر الناظر فيها وتأملها عرف محال التنازع ومدار التناطح عند التخاصم[1].

وقد اشتمل هذا الكتاب على ست وثمانين قاعدة، ومعظم هذه القواعد قواعد مذهبية ورتب المؤلف كتابه هذا على ثمانية أقسام تناولت الاختلاف بين الأئمة ثم ألحق بالأقسام الثمانية قسما ذكر فيه أصولا اشتملت على مسائل خلافية متفرقة. والدبوسي في وضعه لكتابه هذا قد راعى رد الفروع إلى الأصول ولم يلتزم السير حسب نظام الفقه بل فروعه قد تكون من أبواب متعددة، فإن فروع كل قاعدة لم يلتزم فيها بابًا واحدًا معينا من أبواب الفقه وهذه طريقة تدل على الإطلاع وعمق المعرفة حتى يلحق أي فرع كان من أي باب كان تحت القاعدة. كما أن الدبوسي لا يعنى بتحرير مسائل الأصول أو القاعدة الفقهية من ناحية الاحتجاج لها وتأييد المعنى الذي قامت عليه، بل يكتفي غالبًا بذكر المسالة والقاعدة خالية من ذلك وكأنه يراها من المسلمات.

---

(١) كتاب تأسيس النظر (ص٢).

ثم جاء ابن نجيم المتوفى (٩٧٠هـ) فألف كتابا هاما سماه: «الأشباه والنظائر»، جمع فيه خمسا وعشرين قاعدة وصنفها على نوعين:

النوع الأول: قواعد أساسية كالأركان في المذاهب الفقهية وهي ست قواعد: «الأمور بمقاصدها»، و«الضرر لا يزال»، و«العادة محكمة»، و«اليقين لا يزول بالشك»، و«لا ثواب إلا بالنية».

والنوع الثاني: تسع عشرة قاعدة فرعية وأحكام أخرى كثيرة. ولكن حركة التقعيد لم تتقدم وتشتهر ولم تبدأ في الظهور متكاملة إلا في بداية القرن السابع الهجري فقد برز فيه علم القواعد إلى حد كبير وإن كان لم يبلغ مرحلة النضج. وكان على رأس المؤلفين في هذا العصر العلامة محمد بن إبراهيم الجارمي فقد ألف كتابا بعنوان: «القواعد في فروع الشافعية»، ثم الإمام عزالدين بن عبد السلام ألف كتابه: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام». ثم تتابعت هذه السلسلة من المؤلفات في المذاهب الفقهية المشهورة.

ويعتبر القرن الثامن الهجري العصر الذهبي لتدوين القواعد الفقهية ونمو التأليف فيها، وتفوقت فيه عناية الشافعية لإبراز هذا الفن العظيم، ولكن هذه القواعد على الرغم من هذه الجهود المتتابعة الكثيرة ظلت متفرقة ومبددة في مدونات مختلفة وتضمنت تلك المدونات بعض الفنون الفقهية الأخرى مثل كتاب: «الفروق والألغاز»، والألغاز هي المسائل التي قصد إخفاء وجه الحكم فيها لأجل الامتحان.

وأحيانًا تطرقت هذه المؤلفات إلى بيان بعض القواعد الأصولية فلم يستقر أمرها تمام الاستقرار إلى أن وضعت مجلة الأحكام العدلية على أيدي لجنة من فحول الفقهاء في عهد السلطان العثماني عبد العزيز خان في أواخر القرن الثالث عشر الهجري ليعمل بها في المحاكم التي أنشئت في ذلك العهد.

وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وتشتمل على مجموعة أحكام المعاملات والدعاوى والبينات وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالآستانة ورئاسة ناظر الديوان سنة (١٢٨٦هـ) وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها.

وصدرت المجلة بتقرير عن الأسباب الموجبة لإصدارها في المذكرة الإيضاحية ومقدمة عن الفقه وتعريفه وتقسيمه، ثم ذكر طائفة القواعد الكلية الفقهية التي تدور عليها أحكام كثيرة في تسع وتسعين مادة كل مادة تتضمن قاعدة مثل: الأمور بمقاصدها، والضرر يدفع بقدر الإمكان، والمشقة تجلب التيسير، وأكثرها مأخوذة من كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم.

وكان الهدف من وضع المجلة تيسير مراجعة الأحكام الفقهية والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة وترك الاختلافات الأخرى إلى كتب الفقه. ولم تخرج المجلة عن أحكام المذهب الحنفي وهو أهم ثغرة فيها مما ترتب عليه الضيق في بعض الجوانب وحبذا لو استعانت بآراء المذاهب الأخرى وخاصة في باب العقود والشروط[1].

---

(١) المدخل الفقهي العام لمصطفي الزرقاء (١/ ١٩٦-١٩٩).

فائدة القواعد الفقهية وأهم الكتب التي ألفت فيها:

مما لا شك فيه أن للقواعد الفقهية مزايا كثيرة وسمات متعددة تتحقق من دراستها جملة من الفوائد التي يمكن إجمالها فيما يأتي:

أولًا: أنها ضبطت الجزئيات المنتشرة المتعددة ونظمتها في سلك واحد وهذا مما يُمَكِّنُ المطلع عليها من إدراك الروابط بين هذه الجزئيات المتفرقة ويزوده بتصور سليم يدرك به الصفات الجامعة بين هذه الجزئيات. قال ابن رجب مبينًا هذه الفائدة: «إن هذه القواعد تنظم منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد الشوارد وتقرب على الفقيه، كل متباعد»[1].

ثانيًا: إن القواعد في كل مذهب تعطي صورة كلية للمذهب بحيث يسهل الوقوف على مسائله وفروعه وإدراك مراميه، لأن الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكن كما أنها سريعة النسيان ولا تثبت في الذهن ويحتاج الرجوع إليها في كل مرة إلى بذل جهد ووقت ومن ثم فلابد من الرجوع إلى القاعدة التي تجمع تلك الفروع في مسألة واحدة. ومعلوم أن الضبط بالقوانين والقواعد الفقهية يسهل حفظ الفروع، ويغني العالم بالضوابط عن حفظ أكثر الجزئيات.

وفي هذا المعنى قال الإمام القرافي: ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين

(١) القواعد لابن رجب (ص٣).

المقامين فرق شاسع وبعيد وبين المنزلتين تفاوت شديد[١].

ثالثًا: أن فهم هذه القواعد وحفظها يساعد الفقيه، أو المفتي على فهم مناهج الفتوى ويطلعه على حقائق الفقه ومآخذه[٢] ويمكنه من تخريج الفروع بطريقة سليمة واستنباط الحلول بالوقائع المتجددة. ومن ثم ندرك أن هذه القواعد قد لعبت دورا هاما في تنظيم فروع الفقه الإسلامي بصفة عامة وفي الفقه والتفقه واكتساب الملكة الفقهية بصفة خاصة بما تقوم به من تصوير بارع للمبادئ الفقهية وكشف آفاقها الواسعة وحصر مسالكها المتشعبة وضبطها للفروع والأحكام العملية بضوابط وقوانين في شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة في العلل، أو تجمعها وحدة المناط، سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها، أو اتحدت[٣]. وما أشبه عمل الأصولي بعمل الفقيه في هذا الشأن، إذ الأصولي يعتبر القواعد الأصولية هي المعايير الصحيحة لاستنباط الأحكام الشرعية من منابعها الأساسية. فكذلك الفقيه يعتبر القواعد الفقهية معيارا لتنظيم فروع الفقه وجمع أحكامها المتنوعة والمتشبعة في زمر متعددة بمراعاته وحدة المناط.

وبذلك فإن القواعد الفقهية ضبطت مسائل الفقه ضبطا محكمًا، بحيث لو لم توجد هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعًا متشتتة تتعارض ظواهرها دون

---

(١) الفروق للقرافي (١/ ٧-٨).

(٢) القواعد لابن رجب (ص٣).

(٣) إيضاح المسالك (ص١٢٢).

أصول تمسك بها وتبرز فيها العلل الجامعة تعين اتجاهاتها التشريعية وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة[١].

ويكفي في أهمية هذه القواعد ما ذكره القرافي في الفروق إذ يقول: ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف وفيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره واضطربت وضاقت نفسه لذلك وقنطت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب[٢].

وعلى وجه الإجمال فإن القواعد الفقهية لها أثر بالغ في الفقه والفقيه والمتفقه فهي تساعد على التفقه، وفهم أسرار التشريع واكتساب الملكة الفقهية باستقصاء كل صور الفقه التي يستلزم إدراجها تحت القاعدة. وأنها تسهل على الباحث والمفتي تتبع جزئيات الأحكام واستخراجها من موضوعاتها المختلفة، وتحصرها في موضع واحد.

وبذلك نتفادى التناقض في الأحكام المتشابهة. ثم إن هذه القواعد تفتح المجال لدراسي الفقه فيرتقي من دراسة الجزئيات إلى دراسة النظريات العامة

---

(١) المدخل الفقهي العام (٢/ ٢٩).

(٢) الفروق (١/ ٣).

بطريقة علمية منظمة. بحيث يمكنه تطبيق ذلك على كل القضايا المتجددة في التشريع[(١)].

وبتعبير أدق وكلمات موجزة محكمة فإن دراسة قواعد الفقه الكلية تُمَكِّنُ الدارس من الإلمام بكثير من الأشباه والنظائر التي تمكنه من الإلحاق والتخريج عليها ولولا هذه القواعد لبقيت الفروع متشتتة، وقد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها.

ولهذا كان التشريع الإسلامي بفضل هذه القواعد هو التشريع الواجب التطبيق وقد تم له السيطرة التامة في جميع الأقطار الإسلامية خلال قرون عديدة، ولم يتزحزح عن مركزه إلا بعد الاحتلال العسكري والسياسي عندما منيت الدولة الإسلامية بالاحتلال الفرنسي والإنجليزي. فإنه في هذه الفترة انسحب التشريع الإسلامي من ميدان القضاء إلا فيما يسمى بالأحوال الشخصية وترك المجال واسعًا وفسيحًا قهرًا للقانون الفرنسي في بعض البلدان وللقانون الإنجليزي في بعضها الآخر.

وبعد أن انزاح كابوس الاستعمار من معظم الدول الإسلامية فكر كثير من هذه الدول في وضع تشريع قانوني يلبي حاجاتها ويتضمن كثيرًا من الأحكام الفقهية إلا أن هذه التشريعات جاءت على وتيرة الأسلوب الغربي في معظمها بحيث لم يتضمن القواعد الفقهية الإسلامية كمواد تشريعية إلا نادرًا.

ولكن الله تعالى تدارك هذه الأمة بلطفه فظهرت تشريعات كثيرة حديثة

---

(١) إيضاح المسالك (ص١٢٣).

لبعض الدول الإسلامية جاءت هذه التشريعات متضمنة قواعد فقهية بنفس الصيغة التي صاغها بها الفقهاء الأفذاذ الكبار.

وكانت أول محاولة في تقنين الشريعة الإسلامية في العصر الحديث هي مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية التي أشرنا إليها فيما سبق فكانت أشبه ما تكون بالقانون المدني. وبذلك أصبحت المجلة قانونًا مدنيًا عامًا منتخبًا من الأحكام الفقهية وتضمنت مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية بصيغتها المأثورة التي عرفت بها منذ وضعها فقهاؤنا أصحاب الملكات الفقهية النادرة.

ولذلك فإنه يمكن القول للرد على الزاعمين بقصور الفقه الإسلامي عن حلول جزئية وخلوه من النظريات الكلية بأن هذه القواعد هي النظريات العامة وهي التي تجعل الفقه دائم التجدد فلا تتحجر مسائله ولا تتجمد قضاياه، وذلك لأنها تساعد على معرفة المقاصد الشرعية وأسرار الشريعة.

فإن معرفة القاعدة العامة التي يندرج تحتها مسائل عديدة يعطي تصورا واضحا عن مقاصد الشريعة.

فقاعدة: «الضرر يزال»، يفهم منها أن رفع الضرر مقصد من مقاصد الشريعة، وتخريج الفروع استنادا إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه من الوقوع في التناقض الذي قد يترتب على التخريج في المناسبات الجزئية.

وهناك فوائد أخرى تبرز أهمية القواعد الفقهية وذلك أن هذه القواعد تسهل مهمة الباحث عند الدراسة المقارنة بين المذاهب فتكون المقارنة بين الكليات والنظريات لا بين الفروع الجزئية بعضها ببعض.

وهناك فائدة أخرى هامة وهي أن وجود هذه القواعد الفقهية يتيح لغير المتخصصين في علوم الشريعة الفرصة الكافية للاطلاع على هذا التراث الفقهي دون الرجوع إلى المطولات الفقهية[1].

والمحاولات لا زالت تبذل في كثير من الدول لإحلال التشريع الإسلامي محل القوانين الوضعية من أجل أن تستعيد الدولة الإسلامية الكبرى مجدها، وتتبوأ مكانتها وتكون لها الهيمنة التامة والكلمة العليا وما ذلك على الله بعزيز.

ومن قبل ومن بعد فإن الشريعة الإسلامية التي اختتم الله بها الشرائع السماوية ما ضاقت نصوصها يوما ولن تضيق أبدا عن تلبية حاجات الناس كافة ولا وقفت عقبة في سبيل تحقيق مصلحة، أو عدالة، بل نراها قد وسعت مصالح الناس على اختلافهم، حينما استظلت برايتها في عصورها الذهبية أمم متباينة الأجناس والأديان ومختلفة العادات والأعراف والأوطان ورغم ذلك استطاعت أن تنظم شؤون تلك الأمم على أحسن ما يرام وأوجدت حلولا لكل نزاع أو خصام.

وما حدثنا التاريخ أن المسلمين قط اضطروا إلى الالتجاء إلى تشريع غير التشريع الإسلامي، بل كانوا كلما فتح الله أرضا فتح العلماء أبوابًا من الاجتهاد والاستنباط وما عجزوا قط عن إيجاد حلول لكل ما استجد من مشاكل الحياة ولا وجدوا أن الشريعة السمحة أهملت مصلحة من مصالح العباد.

---

(١) القواعد الفقهية لعلي الندوي (ص٣٢٥)-٣٢٧.

فالتشريع الإسلامي الذي أصلح أول أمة وجعلها خير أمة أخرجت للناس كفيل أن يصلح آخرها، إن هي عادت إلى كتاب الله واستلهمته في وضع قوانينها وأحكامها وآمنت إيمانا عمليًا بقول الله عز وجل: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ ﴾ [سورة المائدة: آية ٤٩]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾﴾ [سورة النساء: آية ١٠٥]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾﴾ [سورة النور: آية ٥١].

ولما كانت الشريعة الإسلامية قد ختم الله بها الشرائع فقد جاءت نصوصها عامة تشمل كل الشعوب والقبائل؛ لأنها شريعة أبدية لكل العصور والأجيال.

ولهذا أرشد الشارع إلى كثير من مسائله عن طريق كليات محكمة وأصول ثابتة ومقاصد دائمة تدل على دلائل خاصة وقرائن بينة وأمارات معقولة ولا يستطيع إدراك تلك الأدلة والأمارات واستنباط الأحكام منها إلا الذين نالوا نصيبا ممتازا من الإدراك والفهم وعرفوا القواعد الفقهية وأرجعوا الشبيه إلى شبيهه والنظير إلى نظيره.

أهم الكتب التي ألفت فيها، ومنهج كل مؤلف، وبيان الفروق بين تلك المؤلفات:

يذكر القرافي أن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع وأن أصولها قسمان:

الأول: المسمى بأصول الفقه: وأغلب مباحثه قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية الخاصة.

والثاني: القواعد الكلية الفقهية وهي جليلة القدر لها من فروع الأحكام ما لا يحصى[١].

ومعظم القواعد قد انتهت صياغتها الأخيرة عن طريق تداولها وتحريرها على أيدي كبار الفقهاء في مجالات التعلم والاستدلال كما ذكرنا.

ولعل أول كتاب وصل إلينا هو كتاب: «الخراج» لأبي يوسف بن إبراهيم الحنفي المتوفى (١٨٢هـ) فقد تضمن هذا الكتاب كثيرًا من قواعد الفقه صاغها بأسلوب حكيم، وشرحها شرحا وافيا، وبين خلاف العلماء في بعض مسائلها وفروعها.

كتاب: «الأصل» لمحمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة (١٨٩هـ) وكذلك كتاب: «الأم» لمحمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة (٢٠٤هـ) وهو كتاب فقهي عظيم قد احتوى على كثير من القواعد والضوابط الفقهية، شأنه في ذلك شأن من سبقوه.

فقد كانوا يجدون أنفسهم في حاجة إلى جمع ما يمكن جمعه تحت قواعد أو ضوابط كلية رغبة في الإيجاز، فإن الإيجاز ضرب من الحكمة، ومن شأن الحكمة أن تضع الأمور في موضعها، وترد الفروع إلى أصولها، ومن شأن الكلام الحكيم أن يحفظ، وأن يتناقله الناس فيما بينهم بسهولة ويسر جيلًا بعد جيل[٢].

---

(١) الفروق (١/ ٣).

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص١٨-١٩)، للأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل، مكتبة فياض بالمنصورة، دار طباعة دار المنار بالقاهرة ط/ ١ سنة (١٤١٧هـ).

وقد وضع أصحاب المذاهب كتبًا في قواعد الفقه وضوابطه وفق ما انتهى إليه علمهم واستقر عليه تأويلهم نذكر أهمها فيما يلي:

أهم كتب القواعد الفقهية عند المذاهب الأربعة:

قلنا: إن القواعد الفقهية التي وصلت إلينا لم توضع جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت واحد وفي زمن معين وعلى أيدي أناس معلومين، بل تكونت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح.

وإذا كان الإمام الشافعي أول من دوّن الفقه فإن الحنفية كان لهم قصب السبق في تقعيد القواعد نظرا لطبيعة مذهبهم القائم على كثرة الفروع والتخريجات.

وكان أول كتاب دوّن في مذهب الحنفية في القواعد الفقهية ما قام به أبو طاهر الدباس إمام الحنفية بما وراء النهر[١]. وهو ممن عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة وهو أقدم من يروى عنه بعض القواعد في مذهب الإمام أبي حنيفة كما ذكره ابن نجيم في أشباهه وكذا السيوطي في أشباهه[٢] أيضا، حيث جمع سبع عشرة قاعدة كلية وهي أهم قواعد مذهب أبي حنيفة. وكان أبو طاهر ضريرا يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه.

وأما أصول الكرخي: فمؤلفه أبو الحسن من أهل كرخ قرية بنواحي العراق،

---

(١) بلاد ما وراء النهرين هي الشام والعراق، والنهران هما دجلة والفرات.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٧).

سكن بغداد ودرس فيها وتعد رسالة الإمام أبي الحسن الكرخي أقدم مصادر القواعد الفقهية، بل اللبنة الأولى في صرح هذا العلم، وهي أقدم مجموعة جاءت في شكل رسالة موجزة ذكر فيها الأصول التي بنى عليها أصحاب أبي حنيفة مذهبهم، وقد عني بها الإمام نجم الدين أبو حفص عمر بن أحمد النسفي فقام بشرحها وذكر أمثلتها ونظائرها توضيحا لما حوته من الأصول والقواعد[1].

ومنهج المؤلف في هذه الرسالة أن يبدأ كل قاعدة بعنوان « الأصل» وبلغت ستا وثلاثين قاعدة «أي: أصلا»[2].

بعض نماذج من هذه القواعد:

١ - «الأصل» أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص قال: ويقع ذلك في التحري والقضاء في الدعاوى[3].

٢ - «الأصل» أن النص يحتاج إلى التعليل بحكم غيره لا بحكم نفسه قال: وذلك أن الحرمة في الأشياء الستة التي ذكرها النبي ﷺ في حديث عبادة بن الصامت: «**سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء، عينا بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى**»[4].

---

(١) الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي (١/ ١٨٢).

(٢) انظر: أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر) (ص٨٥).

(٣) نفس المرجع: (ص٨٥).

(٤) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق..، رقم (٢٩٦٩)، سنن

كتاب: «تأسيس النظر»:

مؤلف هذا الكتاب هو عبد الله بن عمر بن عيسى القاضي أبو زيد الدبوسي نسبة إلى دبوسية وهي قرية بين بخارى وسمرقند وهو فقيه حنفي ولد سنة (٣٦٨هـ / ٩٧٨م) وكان ممن يضرب به المثل في النظر واستخراج الحجج وهو من أجلِّ كبار فقهاء الحنفية، وإليه انتهت مشيخة بخارى وسمرقند وتوفي في بخارى سنة (٤٣٠هـ/ ١٠٣٩م) عن ثلاث وستين[1].

أما الكتاب: فهو كتاب في علم الخلاف والفقه المقارن، فهو أول كتاب ظهر في الفقه الموازن، قبل أن يكون أول كتاب في القواعد الفقهية، وميزة هذا الكتاب أنه يهدف إلى معرفة كيفية إيراد الحجج الشرعية على الأقوال والآراء، وكيفية دفع الشبهة وقواعد الأدلة الخلافية، وذكر البراهين في المسألة. يقول المؤلف في المقدمة: جمعت في كتابي هذا أحرفًا إذا تدبر الناظر فيها وتأملها عرف محل التنازع ومدار التناطح عند التخاصم[2].

وقد اشتمل هذا الكتاب على ست وثمانين قاعدة، ومعظم هذه القواعد قواعد مذهبية وقد رتبها المؤلف على ثمانية أقسام تناولت الاختلاف بين الأئمة حسب الترتيب التالي:

الترمذي باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلًا (٣/ ٤٥١)، الحديث رقم (١٢٤٠) قال أبو عيسى: حديث عبادة حديث حسن صحيح.

(١) الأعلام (٤/ ٢٤٨).

(٢) كتاب تأسيس النظر، (ص٢).

١ - خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه محمد بن الحسن وأبي يوسف.

٢ - خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد بن الحسن.

٣- خلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف.

٤ - خلاف بن أبي يوسف ومحمد.

٥ - خلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة محمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر.

٦- خلاف بين أئمة الحنفية وبين الإمام مالك.

٧- خلاف بين علماء الحنفية الثلاثة محمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وبين ابن أبي ليلي.

٨- خلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة محمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وبين الإمام الشافعي.

ثم ألحق بالأقسام الثمانية قسمًا ذكر فيه أصولًا اشتملت على مسائل خلافية متفرقة. والدبوسي في وضعه لكتابه هذا قد راعي رد الفروع إلى أصلها ولم يلتزم فيها بابًا معينا من أبواب الفقه، فروعه تكون من أبواب متعددة في كل أبواب الفقه على كثرتها وتعددها.

وهذه الطريقة تدل على سعة الاطلاع وعمق المعرفة حتى يلحق أي فرع كان من أي باب كان تحت القاعدة. كما أن الدبوسي لا يعنى بتحرير مسائل الأصول، أو القاعدة الفقهية من ناحية الاحتجاج بها، تأييدًا للمعنى الذي قامت عليه، بل يكتفي غالبًا بذكر المسألة والقاعدة خالية من ذلك وكأنه يراها من المسلمات.

ومن النماذج التي طرحها المؤلف في هذا الكتاب قوله: «الأصل عند أبي حنيفة أن ما يعتقده أهل الذمة يتركون عليه وعندهما لا يتركون.

ومن المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة: أن الذمي إذا تزوج امرأة ذمية في عدة زواج ذمي، يتركان عند أبي حنيفة وعندهما (أبي يوسف ومحمد) يفرق بينهما[1].

«كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام» لعز الدين بن عبد السلام (٥٧٧هـ ١١٨١م) القاهرة (٦٦٠هـ ١٢٦٢م).

يقول العز بن عبد السلام في مقدمة هذا الكتاب مبينًا الغرض الذي وضع من أجله: «الغرض بوضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات والمعاملات وسائر التصرفات لسعي العباد في تحصيلها، وبيان المخالفات لسعي العباد في درئها، وبيان مصالح العباد ليكون العباد على خير منها، وبيان ما يقدم من بعض المصالح على بعض وما يؤخر من بعض المفاسد على بعض وما يدخل تحت اكتساب العبيد دون ما لا قدرة لهم عليه ولا سبيل لهم إليه[2].

وموضوع الكتاب يدور حول القاعدة الشرعية الأساسية «جلب المصالح ودرء المفاسد» وأما القواعد الفقهية الأخرى التي نجدها منبثة في غضون الكتاب فمردها إلى هذه القاعدة العامة.

فالمصالح هي كل ما أمر الله به، والمفاسد هي كل ما نهي الله عنه، وفي هذا

---

(١) كتاب تأسيس النظر (ص٣).

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام (١/ ١٠-١١).

يقول عزالدين بن عبد السلام: «فكل مأمور به فيه مصلحة الدارين، أو أحدهما وكل منهي عنه فيه مفسدة فيهما، أو في إحداهما»(١).

فقد أرجع ابن عبد السلام قواعد الفقه وفروعها إلى جلب المصالح ودرء المفاسد بل أرجع الكل إلى اعتبار المصالح وحدها، لأن درء المفاسد من جملتها، فمتي تحققت المصلحة درئت المفسدة.

ويزيد عز الدين بن عبد السلام هذا المعنى وضوحا فيقول: «الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين ودرء مفاسدهما على ما يظهر في الظنون، وللدارين مصالح إذا فاتت فسد أمرها، ومفاسد إذا تحققت هلك أهلها، وتحصيل معظم هذه المصالح بتعاطي أسبابها مظنون غير مقطوع به فإن عمال الآخرة لا يقطعون بحسن الخاتمة وإنما يعملون بناء على حسن الظنون، وهم مع ذلك يخافون ألا يقبل منهم ما يعملون وقد جاء التنزيل بذلك في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُؤْتُونَ مَآ ءَاتَواْ وَّقُلُوبُهُمْ وَجِلَةٌ أَنَّهُمْ إِلَىٰ رَبِّهِمْ رَٰجِعُونَ ﴾ [سورة المؤمنون: آية ٦٠].

فكذلك أهل الدنيا يتصرفون بناء على حسن الظنون وإنما اعتمدوا عليها لأن الغالب صدقها عند قيام أسبابها، فالتجار يسافرون على ظن أنهم يسلمون ويربحون والصناع يخرجون من بيوتهم على ظن أنهم يعملون بما يرتزقون، والفلاحون يزرعون بناء على ظن أنهم يحصدون.

ثم قال: والملوك يجندون الأجناد ويحصنون البلاد بناء على ظن أنهم بذلك

(١) قواعد الأحكام (١/ ٨).

ينتصرون والعلماء يشتغلون بالعلوم على ظن أنهم ينجحون ويتميزون، وكذلك الناظرون في الأدلة والمجتهدون في تعرف الأحكام يعتمدون في الأكثر على ظن أنهم يظفرون بما يطلبون، والمرضى يتداوون لعلهم يشفون ويبرؤون ومعظم هذه الظنون صادق موافق غير مخالف ولا كاذب فلا يجوز تعطيل هذه المصالح الغالبة الوقوع خوفا من ندور وكذب الظنون ولا يفعل ذلك إلا الجاهلون»[1]

فالأحكام الشرعية في نظر ابن عبد السلام ترجع إلى قاعدة واحدة، وهي تحصيل مصالح الدارين: دينا ودنيا على ظن أن ما يقوم به المكلف يحقق ذلك، والظن كاف في ذلك بداهة إذ لا طريق للجزم فكان الإقدام على فعل ما يظن المكلف فيه الخير له طريق العقل والإعراض عنه خوفا من تخلف ما ظن وهو نادر، طريق الحمق.

وهذا المنهج الذي اختاره عز الدين بن عبد السلام والذي بمقتضاه أرجع قواعد الفقه إلى قاعدة واحدة وبناء فروع الفقه كلها عليها من شأنه أن لا يوضح رجوع كل فرع فقهي إلى قاعدته فيسهل على الناظر فهمه وفي ذات الوقت يكون دعامة فقهية يستفيد منها المقلد والمجتهد.

أما منهج غيره من الفقهاء الذين أرجعوا الفروع المتشابهة إلى قواعدها فهي أظهر وأوضح لتيسر فهمه على الناظرين فيسهل الوقوف على الأشباه والنظائر فيمكن الإلحاق والتخريج بسهولة ويسر.

(١) قواعد الأحكام (١/ ٤).

وهذا لا يطعن في علو منزلة الإمام عز الدين عبد السلام، لأنه يتكلم في نتائج أعمال الدين والدنيا وهي الغاية التي يقصدها كل عامل.

أما غيره وهم المفصلون فقد نهجوا طريق الوصول إلى غاية أخرى، وهي الوقوف على القواعد لمعرفة الأشباه والنظائر.

فالمفصلون يبحثون عن الأسس التي توصل إلى المطلوب، وأما عز الدين بن عبد السلام فيتكلم في القمة والغاية من الأعمال.

وإن كان مسلك غيره أوضح وأوفق لما ينتج عنه من الوقوف على الأشباه والتوصل إلى النظائر، ثم بعدها تعرف المصلحة فتكتسب والمفسدة فتدرأ، ولكلٍ وجهة هو موليها.

ويجمع الكتاب بين أصول الفقه والقواعد الفقهية والفروق والأشباه والأحكام الفرعية وخاصة ما يتعلق منها بالسياسة الشرعية، ويمزج بينها ويضع لكل فقرة عنوانًا ويبحثه بتفصيل وأمثلة فقهية.

ومن هذه القواعد التي وردت في هذا الكتاب: «الأصل أن تزول الأحكام بزوال عللها»[1] كموانع ولاية النكاح في حق الأولياء ترفع الولاية بزوال عللها وتعود بوجودها.

كتاب الفروق للقرافي (٦٨٤هـ ١٢٨٥م):

مؤلف هذا الكتاب الفقيه المالكي أبو العباس القرافي المصري والقرافي نسبة

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٢/ ١٩١).

إلى القرافة بشرقي القاهرة، ولد بالهنسا في مصر ونشأ في القاهرة ومات بدار الطين بمصر، ومن كتبه: «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام»، و«تصرف القاضي والإمام»، و«شرح المحصول للرازي»، و«تنقيح الفصول»، و«الأمنية في تحصيل النية»، و«الانتقاء في الاعتقاد» وغيرها.

أما الكتاب فاسمه «أنوار البروق في أنواء الفروق» لكن اشتهر بالفروق وهو في القواعد الفقهية، والفروق بين المسائل والمواضيع المتشابهة مع بيان أحكامها على المذهب المالكي والمقارنة أحيانًا مع بقية المذاهب.

وهذا الكتاب استخلص فيه المؤلف ما نثره في كتابه السابق في الفقه «الذخيرة» من القواعد والضوابط عند تعليل الأحكام غير أنه زاد وتوسع هنا في بيان ما أجمله هناك كما تحدث عن ذلك المؤلف في فاتحة الكتاب فقال[١]: ويشتمل هذا الكتاب على (٢٤٧) فرقا فيها خمسمائة وثمانٍ وأربعون قاعدة مع إيضاح كل قاعدة بما يناسبها من الفروع[٢] وقدم له بمقدمة عن علم أصول الفقه وفائدة القواعد، ومعنى الفرق لغة واصطلاحا، وبدأ بقاعدة: «الفرق بين الشهادة والرواية» وختمه بقاعدة: «الفرق بين قاعدة ما هو مكروه الدعاء وقاعدة ما ليس بمكروه».

وفي الغالب يستهدف المؤلف بيان الفرق الواقع بين قاعدتين مع ذكر الفروع

---

(١) الفروق للقرافي (١/ ٨-٩).

(٢) نفس المرجع: (١/ ١١).

لهما، وفي بعض المواطن يتعرض لذكر الفرق الواقع بين مسألتين من المسائل. يقول القرافي مبينًا منهج الكتاب: «وجعلت مبادئ المباحث في القواعد بذكر الفروق والسؤال عنها بين فرعين أو قاعدتين، فإن وقع السؤال عن الفرق بين الفرعين فبيانه بذكر قاعدة أو قاعدتين يحصل بهما الفرق، هما المقصودتان، وذكر الفرق وسيلة لتحصيل الفروع، وإن وقع السؤال عن الفرق بين قاعدتين، فالمقصود تحقيقهما ويكون تحقيقهما بالسؤال عن الفرق بينهما أولى من تحقيقهما بغير ذلك فإن ضم القاعدة إلى ما يشاكلها في الظاهر ويضادها في الباطن أولى؛ لأن الضد يظهر حسنه الضد، وبضدها تتميز الأشياء[1]».

فهو يأتي بالأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى ثم يسعى لإزالة الفرق بين كل موضعين متشابهين من تلك القواعد الأساسية، فيقول مثلا: الفرق بين قاعدتي الإنشاء والخبر، والفرق بين قاعدتي ما تشرع فيه البسملة وما لا تشرع فيه البسملة، والفرق بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالة والغرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات، والفرق بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل، والفرق بين قاعدة الأرزاق وبين قاعدة الإيجارات.

وقد يتخلل بعض تلك الفروق بين القواعد عدد من المسائل التي يوردها وجملة من المطالب والفوائد التي يحشدها.

كتاب القواعد النورانية لابن تيمية (٦٦١ حران١هـ/ دمشق

(١) نفس المرجع: (١/ ١٠).

١٢٦٣/١٣٢٨م):

وهذا الكتاب لا يبدو فيه غرض المؤلف سوق القواعد على نمط المألوف تحت هذا العنوان، وإن كان لم يخل عن بعض القواعد المهمة التي لها شأن في الفقه الإسلامي.

فالمؤلف يفيض أحيانًا في ذكر الفروع لبعض القواعد عند تحرير مسألة من المسائل الفقهية، ويأخذ في بيان القواعد في كثير من الأحيان بشكل غير مباشر عند مناسبات مختلفة ويشير إلى ذلك في بعض المواطن بقوله: «الغرض التنبيه على قواعد الشريعة» (١)

ومن نماذج القواعد الواردة في هذا الكتب قوله: «إذا تعذر جمع الواجبين قدم أرجحهما، وسقط الآخر بالوجه الشرعي» (٢)

الأشباه والنظائر لتاج الدين بن السبكي (القاهرة ٧٢٧-٧٧١هـ/ دمشق ١٣٢٧-١٣٧٠م):

ولد بالقاهرة ورحل مع والده إلى دمشق سنة (٧٣٩هـ) فسكنها وتوفي بها بالطاعون ونسبته إلى سبك من أعمال المنوفية بمصر، تفقه على والده العلامة تقي الدين السبكي.

ومن تصانيفه: « طبقات الشافعية الكبرى» و«جمع الجوامع» في أصول الفقه

---

(١) القواعد النوارنية لابن تيمية (ص٧٩).

(٢) نفس المرجع: (ص٧٩).

وشرحه «منع الموانع» و«توشيح الصحيح» في أصول الفقه.

أما الكتاب الذي نحن بصدده الآن فهو من أهم الكتب وأقومها التي ألفت في موضوع القواعد الفقهية، يتمثل في الكتاب جمال الصياغة، ومتانة التركيب عند ذكر القواعد.

ولذا أشاد به العلماء وساروا على نهجه في التأليف، ومنهم العلامة ابن نجيم الذي صاغ «أشباهه» على غرار هذا الكتاب[1].

وقد رسم المؤلف خطة ظريفة في التأليف من حيث ترتيب الأقسام على الوجه التالي:

١ - بدأ الكتاب بالقواعد الأساسية الخمس وفصلها تفصيلًا حسنًا.

٢- انتقل من القسم الأول إلى ذكر القواعد الفقهية المهمة وأسماها: «القواعد العامة».

٣- ذكر الضوابط الفقهية وأسماها: «القواعد الخاصة» وتعرض في كل من القسمين (الثاني والثالث) لما هو من القسم الآخر بغرض يدعو إلى ذلك.

٤- تحدث عن بعض المسائل الكلامية التي تنشأ عنها فروع فقهية والفقيه بحاجة إليها.

٥- خصص المبحث الخامس في بيان القواعد الأصولية ومسائلها وأفاض في شرحها.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٥).

٦- عقد بابًا تناول فيه بعض الكلمات العربية، أو الكلمات النحوية التي تتخرج عليها فروع فقهية.

٧- وضع بابًا تعرض فيه للمآخذ المختلف فيها بين الإمامين أبي حنيفة والشافعي رحمهما الله وهو في الحقيقة كتاب في الخلافيات يشتمل على أكثر مسائل الخلاف.

ثم ختم كل هذه الأقسام المتعلقة بالفقه وأصول الفقه بخاتمة تشتمل على «زوائد مهمات وأمور منبهات».

ومن أمثلة ما ورد في هذا الكتاب من قواعد: «الميسور لا يسقط بالمعسور»[1]، و«الظن ملغى إلا ما قام الدليل على إعماله»[2].

كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور «بالقواعد» لابن رجب الحنبلي (بغداد ٧٣٦هـ- دمشق ٧٩٥هـ):

والمؤلف قد وضع هذا الكتاب في تقرير القواعد وتحرير المسائل والفوائد، ومقدمة هذا الكتاب غاية في الاختصار والإيجاز فلم يتعرض فيها لتعريف القاعدة ولا لبيان أهمية فن القواعد، ولا بيان من كتب في هذا الفن قبله، كما أن الكتاب لم يتعرض لأقوال أي مذهب آخر غير المذهب الحنبلي ومع هذا فالكتاب جاء خاليًا من الأحاديث النبوية الشريفة ومن الآيات القرآنية وهذا علاوة على أن نسبة كبرى

---

(١) الأشباه والنظائر لتاج الدين بن السبكي (١/ ١٠).

(٢) نفس المرجع: (١/ ١٦٧).

من قواعده لا تتسم بدقة الصياغة، وذلك بسبب طولها المفرط، كما أن لفظ القاعدة لا يصدق على جانب آخر منها بحال، وإنما هي مجرد تقسيمات ليس إلا.

ومن يطالع هذا الكتاب يقف على أكثر من هذا.

أما عن منهج ابن رجب فهو عجيب إذ أنه يضع لكل فرع قاعدة فالكتاب على هذا ليس كتاب قواعد بالمعنى الدقيق المعروف ولا يتفق أسلوبه هذا مع معنى القاعدة التي تتطلب حصر الفروع المتشابهة واندراجها تحت قاعدة واحدة فقد أكثر من وضع القواعد بصورة يصعب جمعها وبهذا تكون القواعد في حكم الفروع من حيث تعدادها وكثرتها[1].

فالقاعدة عادة تتسم بطابع خاص، وهو دقة العبارة وقلة الألفاظ، أو بمعنى أوضح أن القاعدة إنما وضعت لحصر أكبر قدر من المعاني في أضيق نطاق من الألفاظ بحيث تكون موفية بتمام الغرض الذي سيقت من أجله. ولهذا قعدت القواعد ونشا فن الأشباه والنظائر.

وتظهر أهمية هذا الكتاب على وجه الخصوص من حيث إنه يحصر مذهب الحنابلة ويحيط به فمن درسه كان ملما بأمهات المسائل الفقهية في المذهب الحنبلي.

وقد ذكر ابن رجب هذا بقوله: «فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد فليمعن الناظر فيه

(١) مقدمة المنثور في القواعد للزركشي (١/ ٣١).

النظر[1].

فهو بهذا يسعى إلى رد الفروع المنتشرة في أبواب الفقه إلى الأصل الفقهي الذي يضبطها ويمسك بها وأنه يذكر القاعدة الفقهية ثم يبين فروعها ويجمع شعبها ولا يبخل بذكر الخلاف في الفروع ويذكر القول المشهور وقد بنى مباحثه على مائة وستين قاعدة وختمه بإحدى وعشرين فائدة.

ومن أمثلة القواعد الواردة في هذا الكتاب: القاعدة الثانية بعد المائة: «من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه»[2]

الأشباه والنظائر للسيوطي (القاهرة ٨٤٩هـ- القاهرة ٩٩١هـ):

مؤلف هذا الكتب الحافظ العلامة عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الأسيوطي الملقب بجلال الدين صاحب المؤلفات الكثيرة النافعة.

وأما كتابه المذكور بالأشباه والنظائر فهو من أروع المؤلفات في القواعد الفقهية وأغزرها مادة وأحسنها ترتيبًا وتنسيقًا، جمع فيه معظم ما تفرق وتناثر في كتب هذا الفن لتاج الدين السبكي والعلائي والزركشي، وأضحى بذلك مصدرا خصبا لدراسة القواعد الفقهية خاصة في المذهب الشافعي. وقد رتبه المؤلف الإمام السيوطي على سبعة كتب:

الكتاب الأول: شرح فيه القواعد الخمس التي ذكر الأصحاب أن جميع مسائل

(١) القواعد لابن رجب (ص٣).

(٢) نفس المرجع: (ص٢٢١).

فقه الشافعية ترجع إليها.

والكتاب الثاني: في قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من المسائل الجزئية وهي أربعون قاعدة.

والكتاب الثالث: في القواعد المختلف فيها ولا يطلق الترجيح لاختلافه في الفروع وهي عشرون قاعدة.

والكتاب الرابع: في أحكام يكثر دورانها ويقبح بالفقيه جهلها وهي أربع وعشرون قاعدة.

والكتاب الخامس: في نظائر الأبواب أي التي من باب واحد وقد رتبها على أبواب الفقه ويضم هذا الكتاب سبع قواعد.

والكتاب السادس: فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة.

والكتاب السابع: في نظائر شتى وهذا الكتاب والكتاب الذي قبله لم يذكر المؤلف فيهما شيئًا من القواعد[1].

وقد بلغ مجموع القواعد التي اشتمل عليها هذا الكتاب النفيس ستا وتسعين قاعدة.

الأشباه والنظائر لابن نجيم (القاهرة ٩٢٦هـ/ ٩٧٠هـ):

والمؤلف هو العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم الفقيه الحنفي ولد بالقاهرة سنة (٩٢٦هـ) وكان عالمًا ضليعًا ومحققًا ومدققًا وتشهد كتبه بعلو كعبه مع جانب من فضائل الأخلاق وحسن التعامل.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤) وما بعدها، طبعه عيسي البابي الحلبي.

وهو كتاب على مذهب أبي حنيفة النعمان يجمع بين القواعد الفقهية وبين المسائل والفروع الجزئية ويحتوي على ما لم يحتو عليه غيره من الكتب. وذكر فيه المؤلف أنه رأي كتاب الأشباه والنظائر للتاج الدين السبكي الشافعي ولم ير مثله عند الحنفية فاتجه لتأليفه[1]

وقد رتب كتابه هذا على سبعة فنون، فجمع فيه خمسا وعشرين قاعدة وقسمها إلى قسمين:

أ- قواعد أساسية هي الأركان في المذاهب الفقهية وهي ست قواعد الخمس المقدمة المعروفة مضافا إليها قاعدة سادسة وهي قاعدة: «لا ثواب إلا بالنية».

ب- تسع عشرة قاعدة أخرى في موضوعات مختلفة أقل اتساعا وشمولا يتفرع عنها بعض قواعد فقهية أخرى وأحكام كثيرة وقد بسط ابن نجيم القول فيما يتفرع عن هذه القواعد من فروع الأحكام العملية.

مجلة الأحكام العدلية:

وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي وتشتمل على أحكام المعاملات والدعاوى والبينات. وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالآستانة ورئاسة ناظر الديوان سنة (١٢٨٦) وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٥).

وجاء مجموعها في (١٨٥١) مادة ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة وبلغت ستة عشر كتابا أولها: كتاب البيوع وآخرها: كتاب القضاء.

وكل كتاب مقسم إلى أبواب والباب مقسم إلى فصول، وقسمت أحكام كل كتاب إلى مواضيع أساسية وفرعية كالتعريفات والشروط والأحكام، ثم ذكرت طائفة من القواعد الكلية الفقهية التي تدور عليها أحكام كثيرة في تسع وتسعين مادة كل مادة تتضمن قاعدة: مثل «الأمور بمقاصدها».

وكان الهدف من وضع المجلة تيسير مراجعة الأحكام الفقهية والاختصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة وترك الاختلافات الأخرى إلى كتب الفقه ولم تخرج المجلة عن أحكام المذهب الحنفي وهذا هو أهم ثغرة فيها، مما ترتب عليه الضيق في بعض الجوانب. وحبذا لو استعانت بآراء المذاهب الأخرى وخاصة في باب التعاقد والشروط في العقد، لكان لها شأن وأي شأن[1].

* * *

---

(١) المدخل الفقهي لمصطفي الزرقا (١/ ١٩٦-١٩٩).

القواعد الكبرى

القاعدة الأولى: «الأمور بمقاصدها»[(١)]

معنى القاعدة:

معنى قاعدة الأمور بمقاصدها: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر. والأمر معناه الفعل، وهو عمل الجوارح، فيكون القول من جملة الأفعال، لأنه ينشأ عن جارحة اللسان. ويأتي الأمر بمعنى الحال، إذ يقال: أمور فلان مستقيمة، أي أحواله مستقيمة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَاتَّبَعُوا أَمْرَ فِرْعَوْنَ ۖ وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ ﴿٩٧﴾﴾ [سورة هود: آية ٩٧]، يقصد به حال فرعون.

والمقاصد: هي النيات، والمراد: أن أعمال المكلف وتصرفاته قولية، أو فعلية تختلف باختلاف مقصود الشخص من وراء هذه الأعمال والتصرفات.

والقاعدة بهذا المعنى على تقرير: أحكام الأمور بمقاصدها.

ولزيادة الإيضاح نقول: إن الإنسان إذا ترك المحرمات المنهي عنها امتثالا للنهي الوارد في التشريع أثيب على هذا الترك، وأما إذا كان الترك يتعلق بطبيعة الشخص كاستقذاره لهذا الشيء بدون نظر إلى طلب الترك الناهي عن فعله، كان ذلك أمرا عاديا، لا ثواب له عليه.

ومثال ذلك أن الله تعالى: قد حرم الميتة في غير حال الضرورة بقوله

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩) طبعة عيسى البابي الحلبي.

تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ﴾ [سورة المائدة: آية ٣]، فإذا ترك المكلف الأكل لأمر خارج عن النهي الوارد عن الشارع بتركها بأن كانت نفسه تعافها لاستقذارها فلا ثواب له أما إذا كان الترك امتثالا لأمر الله تعالى أثيب على هذا الترك.

دليل القاعدة

وهذه القاعدة تستمد دليلها من قوله ﷺ في الحديث المشهور الذي أخرجه الستة وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب ؓ: «**إنما الأعمال بالنيات**»[1] وعند البيهقي من حديث أنس: «**لا عمل لمن لا نية له**»، وفي رواية من حديث أنس: «**نية المؤمن خير من عمله**»، وفي رواية من حديث سعد بن أبي وقاص ؓ: «**إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت فيها حتى ما تجعل في فم امرأتك**»[2].

وهذه الروايات تدل على أن تصرفات المكلفين لا يعتد بها شرعا إلا بالنية، فإذا صحت النية كان العمل صحيحا وإذا فسدت كان العمل فاسدا، وهذا عند الشافعية ومن وافقهم. وأما الحنفية فيقولون: إن كمال الأعمال بالنيات.

وإذًا فلابد في الحديث من إضمار ما يسميه علماء اللغة بدلالة الاقتضاء كما في قوله تعالى: ﴿ وَسۡـَٔلِ ٱلۡقَرۡيَةَ ﴾ [سورة يوسف: آية ٨٢]، أي أهل القرية ودلالة الاقتضاء: هي إضمار ما يصح به الكلام.

(١) صحيح البخاري كتاب بدء الوحي، باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (١/ ٢).

(٢) سنن النسائي (٢/ ١٠١).

معنى النية وحقيقتها:

النية في اللغة: العزم على الشيء. يقال: نويت، أي: عزمت[1].

والنية بمعناها الاصطلاحي: هي قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى بإيجاد الفعل، أو الامتناع عنه، وتدخل في جل أبواب الفقه إن لم يكن فيه كله، بل إن ابن نجيم جعل النية في الأعمال الأخروية قاعدة أولى من قواعده الكبرى وهي قاعدة: «لا ثواب إلا بالنية» ولكنها في الواقع تدخل ضمن قاعدتنا هذه «الأمور بمقاصدها». ولذلك أدرجناها ضمن قاعدتنا هذه، لأن الأمور أعم من كونها دنيوية أو أخروية. ومقاصد الأعمال أعم كذلك من كونها يرجى ثوابها أو لا يرجى، وعلى هذا فإن هذه القاعدة على وجازة لفظها وقلة كلماتها ذات معنى عام متسع يشمل كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، فلفظ الأمور عام بدليل دخول أل الجنسية عليه، فهو من ألفاظ العموم ولفظ مقاصدها كذلك عام لإضافته إلى ضمير لفظ عام[2].

فائدة النية:

النية شرعت لفائدتين:

الفائدة الأولى: تمييز العبادات من العادات، فالإمساك عن المفطرات قد يكون بنية الصوم، وقد يكون حمية أو تداويا، أو لعدم الحاجة إلى الطعام، والجلوس في

(١) لسان العرب مادة نوي.

(٢) الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية (ص٤٧-٤٨).

المسجد قد يكون للاعتكاف، وقد يكون للاستراحة، والذبح قد يكون للأكل فيكون مباحا، أو مندوبا، وقد يكون قربة كالأضحية، أو يكون للوفاء بالنذر، أو الصدقة.

أما الأعمال التي لا تصلح إلا للعبادة ولا تلتبس بغيرها فلا يشترط فيها النية كالإيمان بالله تعالى والخوف والرجاء وقراءة القرآن والأذكار ونحوها من كل عبادة لا تلتبس بغيرها لأنها متميزة لا تلتبس بغيرها وكذلك النية لا تحتاج إلى نية(١).

الفائدة الثانية: تمييز رتب العبادات بعضها عن بعض فالتقرب إلى الله تعالى يكون بالفرض والنفل، فشرعت النية لتمييزه(٢) فالصوم قد يكون فرضا أو نذرا أو نفلا، والصلاة قد تكون كذلك، فشرعت النية لتمييز رتب هذه العبادات بعضها عن بعض.

وعلى ذلك فإن كل عبادة اشتبهت بغيرها من العبادات كالظهر مثلًا يشاركها في صورتها بقية الصلوات الخمس وباقي السنن، فلابد في نيتها من ملاحظة ما يميزها عن باقي الصلوات وما يميزها عن السنن، فينوي الظهر فرضا لأن نية الظهر تميزها عن باقي الفروض، ونية الفرض تميزها عن السنن، ونية الأداء تميزها عن القضاء وهذا هو معنى قول الفقهاء يجب أن يكون المنوي معلوما.

حكم ما إذا انفردت النية عن الفعل أو انفرد الفعل عن النية:

---

(١) المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية (ص٥٩).

(٢) الأشباه والنظائر (ص٢٩-٣٠).

أولًا: إذا انفردت النية عن الفعل:

إذا انفردت النية بحيث لا تقترن بفعل ظاهر فلا تترتب عليها أحكام شرعية، ومن ثم فلابد أن تقترن النية بفعل ظاهر حتى تترتب عليها أحكام شرعية، فلو طلق رجل زوجته في قلبه، أو باع داره أو مزرعته ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم، لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر.

وكذلك لو نوى أن يقف وقفا أو يغصب شيئا ولم يصدر منه فعل فلا يترتب على نيته حكم، لأن النية وحدها بدون اقترانها بفعل ظاهر لا يترتب عليها حكم شرعي.

ثانيا: إذا انفردت الأفعال عن النية:

إذا انفردت الأفعال عن النية فإنه يفرق بين أمرين:

أ- إذا كانت الألفاظ صريحة فلا تحتاج إلى نية، ويكفي حصول الفعل لترتب الحكم عليه، لأن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية لاشتمالها عليها، كما لو قال شخص لآخر: بعتك هذا الشيء، أو أوصيت لك به أو أقر بشيء أو وكل أو أودع أو قذف أو سرق، فكل هذه أمور لا تتوقف على النية، بل فعلها يكفي لترتب الحكم عليها.

ب- أما إذا كانت الألفاظ غير صريحة فيختلف حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل كالبيع أو الشراء فإنه إذا استعمل بصيغة المضارع كقول البائع أو المشتري أبيع وأشتري، فإذا قصد به الحال ينفذ به البيع، وإذا قصد به

الاستقبال لا ينفذ. وعلى هذا يختلف الحكم باختلاف مقصد الفاعل، إذ أن اللفظ غير الصريح لا يعطي حكمه إلا بالقصد فلا ينفصل الفعل عن النية فيه.

ومع هذا فهناك بعض الأفعال لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية فلو أن شخصا أخذ مال شخص آخر على سبيل المزاح بدون إذنه، فإنه بمجرد وقوع الأخذ يكون الآخذ غاصبا ولا ينظر إلى نيته من كونه لا يقصد الغصب بل يقصد المزاح.

ومثل ذلك لو أقدم شخص على عمل غير مأذون فيه، فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله، ولو حصلت عن غير إرادة منه، كما لو أخذ نقودا من سكران ليحفظها له فضاعت فهو ضامن[1].

ومن ضبط في منزل غيره من غير إذن صاحبه وبدون عذر واضح مقبول، وهو يحمل متاعا منه، أو مالا اعتبر سارقا، ولو ادعى أنه كان لا يقصد السرقة، أو أنه أراد حماية المال في مكان أمين؛ لأنه علم أو ظن أن المال سيتلف لأن حريقا سيشب في المنزل بعد قليل، وكذلك الألفاظ التي يترتب على أدائها صريحة عقوبة ما، كالسب والقذف، فإن الشخص إذا صدرت منه مثل هذه الألفاظ عوقب عليها ولا نظر إلى ما يدعيه بأنه لم يقصد الإيذاء.

ومن هذا ندرك أن بناء الأحكام يكون على حقائق الأشياء وهي الألفاظ حتى تكون الأحكام والقواعد ثابتة ومستقرة ومنضبطة تماما ومعروفة للجميع.

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف على حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، الكتاب الأول (ص١٧).

محل إيقاع النية:

الأصل أن وقت إيقاع النية يكون أول العبادات، ففي الصلاة لو نوى قبل الشروع عند الوضوء أو لو توضأ في منزله ليصلي الظهر ثم حضر المسجد فافتتح بتلك النية ولم يشتغل بعمل آخر يكفيه ذلك لأن النية المتقدمة باقية إلى وقت الشروع حكما كما في الصوم إذا لم يبدلها بغيرها[١] وهذا عند الحنفية والحنابلة والآمدي من الشافعية.

وأجاز المالكية في الصحيح عندهم تقديم النية على الطهارة بزمن يسير[٢] وأوجب غيرهم اقتران النبية بالطهارة وأوجبوا في الصلاة مقارنة النية لتكبيرة الإحرام بحيث لا تتقدم عليها ولا تتأخر عنها.

وأما الزكاة فعند جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة جواز تقديمها على الدفع عند العزل تيسيرا، أو عندما يوكل رب المال غيره في دفع الزكاة إلى المستحقين لها.

وقال بعض فقهاء الشافعية والحنفية يجب مقارنتها حال الدفع إلى الإمام أو إلى الأصناف ولا يجوز تقديمها والأول أرجح[٣] وصدقة الفطر كالزكاة نية ومصرفا.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٤٢).

(٢) مقاصد المكلفين (ص١٥٩)، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي (ص٣٥).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٤٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٤)، ومقاصد المكلفين (ص١٦٩).

أما الصوم فعند الشافعية والحنابلة يجب تقديم النية من الليل في الصوم الواجب فلو نوى مع الفجر لم يصح في الأصح.

وأما عند الحنفية فيجوز تقديم النية من الليل ومقارنتها للفجر وتأخيرها عند الشروع إلى ما قبل نصف النهار تيسيرا على الصائمين في صوم رمضان وفي النفل.

وأما عند المالكية فيجب تقديم النية عن الفجر في كل صوم واجب أو نفل[1] وكذلك عند الشافعية يلزم تقديم النية في الصوم الواجب، وأما القضاء والنذر والكفارة فلا يجوز فيها تأخير النية عند الجميع.

وأما الحج فالنية فيه سابقة على الأداء عند الإحرام عند الجميع[2] ومنها نية الأضحية يجوز فيها أن تقدم على الذبح، ولا يجب اقترانها به في الأصح، كما تجوز النية عند الدفع إلى الوكيل في الأصح.

شروط النية:

لما كانت النية عبادة كان لها شروط لا تصح إلا بها ولا يعتد بها شرعا إذا فقدت شرطا من شروطها وهي أربعة: الإسلام والتمييز، والعلم بالمنوي، وعدم المنافي بين النية والمنوي.

الشرط الأول: الإسلام: فيشترط في الناوي أن يكون مسلما، لأن النية عبادة ونية العبادة لا تصح من الكافر لأن العبادة لا تصح منه، لأنه فقد شرط صحة قبول

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية (ص١٣٥).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٤)، ابن نجيم (ص٤٤)، والقوانين الشرعية (ص١٣٥).

العبادة وهو الإيمان بالله تعالى[١].

الشرط الثاني: التمييز: ومعناه – القوة التي في الدماغ وبها تستنبط المعاني، فلا تصح عبادة صبي لا يميز ولا مجنون. والطفل المميز هو الذي أصبح له بصر عقلي يستطيع به الفصل بين الحسن والقبيح من الأمور ويعرف الفرق بين الخير والشر والنفع والضر، وحد بلوغه سبع سنين.

ويتفرع على هذا الشرط أنه إذا جنى الصبي، أو المجنون، أو السكران جناية فماذا يكون الحكم؟

عند الحنفية: أن عمد الصبي والمجنون خطأ سواء كان الصبي مميزا أو غير مميز، وينتقض وضوء السكران وتبطل صلاته بالسكر[٢].

ولا تجب الكفارة على الصبي والمجنون إذا قتلا. والسكران كالصاحي في الجنايات. وأما عند الشافعي فالطفل غير المميز عمده خطأ وكذلك المجنون غير المميز، وأما إذا كان عنده نوع تمييز فقد اختلفوا فيه والأصح أن عمده عمد. والصبي كذلك.

وأما السكران فيحكمون عليه ببطلان وضوئه وصلاته إذا انتشى وفقد التمييز أو كاد.

وعند مالك وأحمد والشافعي تجب الكفارة على الصبي والمجنون إذا قتلا[٣].

---

(١) الوجيز في إيضاح القواعد الكلية (ص٥٢-٥٣).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦).

(٣) الإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٢٢٤)، والوجيز (ص٥٤).

وعند الحنابلة عمد الصبي والمجنون عمد وتضاعف عليهما الدية من مالهما[١] على الأرجح، وينتقض وضوء السكران وإن كان مميزا ويجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله في المشهور من المذهب[٢].

الشرط الثالث: العلم بالمنوي: أي أن يعلم حكم ما نواه إن كان فرضا أو نفلا عبادة أو غيرها، فمن جهل فرضية الصلاة أو الوضوء لم يصح منه فعلهما، لكن الذي لا يميز الفرائض من السنن تصح عبادته بشرط أن لا يقصد التنفل بما هو مفروض. لكنهم صححوا الإحرام بالمبهم في الحج لأن عليًا ﷺ أحرم بما أحرم به النبي ﷺ وهو لا يعلم وصححه رسول الله ﷺ، فجاز أن ينوي إحراما كإحرام غيره، وجاز أن يبهم إحرامه ثم يصرفه على أحد النسكين أو إليهما[٣].

أما في غير الحج فلا يصح إلا بالعلم بالمنوي في عبادة أو غيرها، والفرق بين النسك وغيره أن الناسك لا يخرج من نسكه بأقوى المفسدات وهو الجماع[٤] فلو قال لزوجته: طلقتك مثل ما طلق زيد وهو لا يدري كم طلق زيد أو قال: بعتك مثل ما باع زيد، وهو لا يعلم قدره لا يصح في الصورتين لعدم العلم[٥].

الشرط الرابع: أن لا يأتي بمناف بين النية والمنوي: والمراد بالمنافي العمل الخارج

(١) القواعد لابن رجب (ص٣٣٧).

(٢) الإفصاح (٢/ ٢٢٤).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام (١/ ٢١٥).

(٤) نفس المرجع: (١/ ٢١٥).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦) ابن نجيم (ص٥٠).

عن المنوي وليس من النية، كمن ارتد بعد النية، فمن ارتد فقد بطلت عبادته، ومن المنافي قطع الإيمان، فمن نوى قطع الإيمان والعياذ بالله تعالى صار مرتدا في الحال.

ومن نوى قطع الصلاة بطلت عند الشافعية لأنها شبيهة بالإيمان ولم تبطل عند الحنفية، ومن نوى الأكل أو الجماع في الصوم أو نوى فعل مناف في الصلاة كالأكل والفعل الكثير لم يضره ذلك ما لم يفعل.

ومن نوى الصوم من الليل ثم قطع النية قبل الفجر سقط حكمها ولم يصح صومه ما لم يجدد النية قبل الفجر بخلاف ما لو أكل بعدها فلا تبطل لأن الأكل ليس ضدها.

ومن نوى قطع الحج والعمرة لم يبطلا بلا خلاف لأنه لا يخرج منهما بالإفساد[1] ومن نوى قطع الجماعة بطلت، ومن نوى الإتمام في أثناء الصلاة امتنع عليه القصر.

ومن المنافي قلب النية فمن نقل فرضا إلى فرض لم يحصل واحد منهما، ومن نقل نفلا إلى فرض لم يحصل واحد منهما، بخلاف ما لو نقل فرضا إلى نفل فيجوز له ذلك[2].

ومن المنافي التردد وعدم الجزم في أصل النية ومن الأمثلة على ذلك:

- من اشترى فرسا للركوب وهو ينوي إن أصاب ربحا باعه أنه لا زكاة

---

(١) قواعد الأحكام (١/ ٢١٥).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٦)، وابن نجيم (ص٥٠).

عليه. ومن نوى يوم الشك إن كان من شعبان فليس بصائم، وإن كان من رمضان كان صائما لم تصح نيته.

وأما لو تردد في الوصف بأن نوى إن كان من شعبان فيصوم نفلا، وإن كان من رمضان ففرضا صحت نيته وجاز صومه، ومن كان عليه فائتة وشك في قضائها ثم تيقنها لم تجزئه[1].

ويستثنى من ذلك بعض مسائل تصح فيها النية مع التردد أو التعليق:

١ – من كان عليه صوم واجب لا يدري هل هو من رمضان أو نذر أو كفارة، فنوى صوما واجبا أجزأه، كمن نسي صلاة من الخمس فصلى الخمس.

٢ – إن قال مريد الإحرام: إن كان زيد محرما فقد أحرمت، فإن كان زيد محرما انعقد إحرامه.

٣– لو أحرم يوم الثلاثين من رمضان وهو شاك فقال: إن كان غدا من رمضان فإحرامه بعمرة، أو من شوال فبحج، فكان من أول شوال كان حجا صحيحا.

٤ – من شك في قصر إمامه وقال: إن قصر قصرت وإلا أتممت فبان قاصرا قصر.

٥ – من صلى منفردا، ثم أعاد مع جماعة، ونوي الفرضية، ثم بان فساد الأولى فإن النية تجزئه، ولا يلزمه الإعادة صرح به الغزالي في فتاواه.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٥٢).

القواعد المندرجة تحت قاعدة: «الأمور بمقاصدها»:

قاعدة: الإيمان: هل النية تخصص اللفظ العام، أو تعمم اللفظ الخاص؟

تعريف اللفظ العام:

العام في اللغة معناه الشامل لمتعدد سواء كان لفظا أو غيره، ومنه عمهم المطر أي شملهم، ومطر عام أي شامل.

ومعناه في الاصطلاح: اللفظ المستغرق لما يصلح له من غير حصر. كلفظ: الرجال. وأما الخاص، أو التخصيص في اللغة: فهو تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه فيه في الجملة وهو خلاف العموم يقال: تخصص فلان في علم كذا أي قصر عليه بحثه وجهده والخصوص نقيض العموم، ويستعمل بمعنى لاسيما تقول: يعجبني فلان خصوصا علمه وأدبه أي لاسيما.

وأما في الاصطلاح: فهو قصر العام على بعض أفراده. أي أن العام أريد به ابتداء بعض الأفراد[1] مثل قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٢٨]، فهو عام في الحوامل وغير الحوامل ولكن خصص ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [سورة الطلاق: آية ٤]، **فإنه يقتضي أن يكون عدة الحامل مطلقا هو** وضع الحمل مطلقة، أو متوفى عنها زوجها.

فهل النية تخصص اللفظ العام، أو تعمم اللفظ الخاص؟

(١) أصول الفقه لأستاذنا فضيلة الدكتور محمد أبو النور زهير (٢/ ٢٣٢).

اختلاف بين المذاهب:

١- فعند الحنفية: تخصيص العام بالنية مقبول ديانة لا قضاء وعند الخصاف مقبول قضاء أيضا، وأما تعميم الخاص بالنية فقد اختلف فيه علماء الحنفية ما بين ناف ومثبت[(١)].

٢- وعند المالكية: النية تعمم الخاص وتخصص العام[(٢)].

٣- وعند الشافعية: النية في اليمين تخصص اللفظ العام ولا تعمم الخاص[(٣)].

٤- وعند الحنابلة: النية تعمم الخاص وتخصص العام بغير خلاف فيهما، ولكن اختلفوا هل النية تقيد المطلق، أو تكون استثناء من النص[(٤)].

ومن هذا نلاحظ أن تخصيص اللفظ العام بالنية متفق عليه بين المذاهب وإن كان جمهور الحنفية يعتبرونه ديانة لا قضاء، وأما تعميم الخاص بالنية فأجازه الحنابلة والمالكية ومنعه الحنفية والشافعية.

تطبيقات قاعدة: هل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم الخاص؟

١- لو حلف لا يكلم أحدا، ثم قال: نويت زيدا فقط، لا يحنث لو كلم غير زيد فلفظ: «أحد» نكرة في سياق النفي فهي عامة تشمل كل أحد، ولكن حينما قال: نويت زيدا فقط أعملت نيته فخص عدم التكلم به وجاز له أن يتكلم مع غير زيد

(١) الأشباه والنظائر لبن نجيم (ص٥٣).

(٢) قوانين الأحكام الشرعية (ص١٨٢-١٨٣)

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٤٤).

(٤) القواعد لابن رجب القاعدة الخاصة بعد المائة.

ولا يحنث.

٢- لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، ثم قال: نويت من بلدة كذا أو محلة كذا، صح له أن يتزوج امرأة من غير البلدة التي عين أو المحلة وهذا لا خلاف فيه عند الشافعية والحنابلة.

وأما الحنفية غير الخصاف فلم يعتبروا نيته قضاء فلو كلم في المسألة الأولى غير زيد حنث، ولو تزوج في المسألة الثانية أي امرأة طلقت منه، ولكنه يصح بينه وبين الله تعالى.

وأما الخصاف فهو يجيز تخصيص العام بالنية ديانة وقضاء فهو مع الشافعية والحنابلة والمالكية في صحة ذلك قضاء وديانة، وهذا بالنسبة للشطر الأول من القاعدة وهو هل النية تخصص اللفظ العام؟

وأما الشطر الثاني من القاعدة وهو هل النية تعمم اللفظ الخاص؟

فمن أمثلته:

١- أنه لو حلف لا يشرب من فلان ماء من عطش فعند الحنفية والشافعية: أنه لا يحنث بطعامه لأن اليمين عندهم تنعقد على الماء خاصة. وأما الحنابلة: فلو حلف لا يشرب لفلان ماء ونوي الامتناع من جميع مائه حنث بتناول أي شيء يملكه وكذا عند المالكية، ولو حلف لا يدخل هذا البيت يريد هجران أهله فدخل عليهم بيتا آخر حنث.

٢- لو قال لزوجته: إن لبست ثوبا فأنت طالق وقال: أردت أحمر، فجمهور الحنابلة يقبل منه ديانة، وفي قبوله قضاء روايتان: ومن ثم فإننا نقول: إن تخصيص

اللفظ العام في اليمين بالنية متفق عليه بين الشافعية الحنابلة والمالكية.

وأما عند الحنفية فاختلفوا: فجمهورهم على أن تخصيص العام بالنية مقبول ديانة لا قضاء ومعنى ذلك أن ادعاء الحالف التخصيص غير مقبول في الحكم والقضاء ولكنه مقبول بينه وبين الله تعالى ديانة.

وأما عند الخصاف منهم فيصح تخصيص العام بالنية ديانة وقضاء فهو في هذا مع الشافعية والحنابلة، وأما تعميم الخاص بالنية فهو جائز على الإطلاق عند الحنابلة وإن اختلفوا في تقييد المطلق بالنية وهو كذلك عند المالكية.

وأما الشافعية فإنهم منعوا تعميم الخاص بالنية على الإطلاق، وكذا عند الحنفية على الراجح لأنهم يمنعون عموم المشترك فهذا أولى بالمنع وإن ورد عنهم بعض الأمثلة التي تدل على أن بعضهم أخذ بتعميم الخاص ولكنها غير مسلمة عند الأكثرين منهم(١).

١ - قاعدة: مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا في اليمين عند القاضي:

عند الحنفية أن مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا في اليمين عند القاضي فهي على نية الحالف إن كان مظلوما وهذا موافق لقول الخصاف السابق وهو خلاف ظاهر المذهب وعلى نية الحالف سواء كان ظالما أو مظلوما(٢).

وأما عند الشافعية فاليمين على نية القاضي عند التحالف دون الحالف، وعند

---

(١) الوجيز في إيضاح القواعد (ص٦٤) وما بعدها.

(٢) غمز عيون البصائر للحموي (ص٨١).

المالكية اليمين في الأحكام كلها على نية المستحلف وهو القاضي فلا يصح فيها التورية ولا ينفع الاستثناء[1] وهو الظاهر عند الحنابلة.

٢- قاعدة: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[٢]:

معاني الألفاظ: العبرة: معناها الاعتداد. والعقود: جمع عقد وهو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع والإجارة والإعارة، واللفظ: هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ما يدور في ضميره، والمقاصد: جمع مقصد. والمقصد معناه: نية المتكلم ومراده. والمعاني: جمع معنى وهو الصورة الذهنية التي دل عليها القول أو الفعل.

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة عند الحنفية والمالكية: أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة. وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني.

أما إذا تعذر الجمع بين الألفاظ والمعاني المقصودة فلا يجوز إلغاء الألفاظ. فالحنفية والمالكية قد غلبوا جانب المعنى قولا واحدا إلا حين تعذر التوفيق بين اللفظ والمعنى. أما الشافعية والحنابلة فالمغلب منهما هل اللفظ أو المعنى؟ فيه خلاف

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزي (ص٣٣٤).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٢٠٧. مجلة الأحكام العدلية مادة (٣) (ص٣٥).

في قاعدة العقود.

والأمثلة على هذه القاعدة كثيرة ومن أهمها:

١ - لو اشتري شخص من بقال سلعة وقال له: خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أدفع لك الثمن فهي رهن ولها حكم الرهن ولا تكون أمانة لأن الأمانة يحق للمؤتمن استرجاعها ويجب على الأمين إعادتها وليس ما نحن فيه كذلك.

٢- والهبة إذا اشترط فيها الثواب أخذ العقد أحكام البيع عند الحنفية والمالكية قولا واحدا لأنه أصبح في معنى عقد البيع رغم استعمال العاقد لفظ الهبة فيرد الموهوب بالعيب وكذا سائر أحكام البيع[1]. وأما عند الشافعية والحنابلة ففي صحة العقد خلاف فعند الشافعية الأصح كونه بيعا اعتبارًا بالمعنى.

وعند الحنابلة فيه ثلاثة أقوال: الأول: أنه بيع نظرا للمعنى، والثاني: هبة صحيحة لأن شرط العوض في الهبة والعارية يصح، والثالث: عقد فاسد[2].

* * *

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام الكتاب الأول (ص٣٥-٣٦).

(٢) القواعد لابن رجب القاعدة الثامنة والثلاثون (٢/ ٣٣١).

القاعدة الثانية: «المشقة تجلب التيسر»

ويندرج تحت هذه القاعدة من القواعد:

«الأمر إذا ضاق اتسع وإذا اتسع ضاق»، و«الضرورات تبيح المحظورات»، و«الضرورات تقدر بقدرها»، و«الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»، و«الاضطرار لا يبطل حق الغير».

معنى القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الكلية الكبرى وهي تفيد أن الصعوبة إذا وجدت في شيء من الأشياء كانت سببا شرعيًا صحيحا للتسهيل والتخفيف ورفع المعاناة عن المكلف عند تنفيذ الأحكام بوجه ما(1).

والمشقة في اللغة معناها: الجهد والتعب. يقال: شق عليه الأمر يشق شقا ومشقة إذا أتعبه. ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنفُسِ ۚ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ ﴿٧﴾﴾ [سورة النحل: آية ٧]، أي: لم تكونوا قادرين على ذلك إلا بتعب النفس وانكسارها وعنتها، فإن من معاني المشقة: الجهد والعناء والانكسار والضيق.

والمراد بالمشقة التي تكون سببا في التيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية دون المشقة التي لا تنفك عنها كمشقة الجهاد وألم الحدود ورجم

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٤)، وابن نجيم (ص٧٥)، ودرر الأحكام (ص٤٨)، والمجلة العدلية شرح سليم رست باز (ص٢٧).

الزناة وقتل البغاة والمفسدين والجناة فلا أثر لهذه المشقة في جلب تيسير ولا تخفيف. وجلب الشيء معناه سوقه والمجيء به من موضع إلى موضع، والتيسير في اللغة معناه: السهولة والليونة. يقال: يسر الأمر إذا سهل ولان. ومنه الحديث الشريف: «**إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا**»[1] أي أن الدين سهل سمح قليل التشدد، واليسر ضد العسر.

والمعنى اللغوي لهذه القاعدة يفيد أن الصعوبة والعناء تصبح سببا للتسهيل[2].

والمعنى الاصطلاحي الشرعي للقاعدة: أن الأحكام التي ينشا عنها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج.

أدلة القاعدة:

قامت الأدلة على صحة هذه القاعدة من الكتاب والسنة والإجماع وعمومات الشريعة النافية للحرج، ومشروعية الرخص، وكلها تشير إلى أن الشارع الحكيم وهو الله تعالى لم يقصد من التكاليف الحرج والإعنات وإنما جعل أصل الشريعة مبني على اليسر والسماحة فإذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق[3] وكل ما تجاوز

(١) أخرجه البخاري والنسائي عن أبي هريرة والمقصود بقوله: «سددوا» أي: اقصدوا، السداد في الأمر هو الصواب، والمقصود بقوله: «قاربوا» أي اطلبوا المقاربة وهي القصد في الأمر الذي لا غلو فيه ولا تقصير، انظر جامع الأصول (١/ ٢١٤).

(٢) شرح المجلة للأتاسي (ص٤٩ - ٥٠)، والوجيز في إيضاح القواعد (ص١٣٠).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، وانظر في ذلك أيضا: قواعد الزركشي ورقة رقم ٢٠.

عن حده انقلب إلى ضده، كما قال الإمام الغزالي في الإحياء.

ومن الآيات الدالة على ذلك من الكتاب:

١ - قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [سورة البقرة: آية ١٨٥].

٢- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [سورة البقرة: آية ٢٨٦].

٣- قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾ [سورة البقرة: آية ٢٨٦].

وغيرها من الآيات وهي في مجموعها تدل على أن الله شرع الأحكام سهلة ميسرة على العباد فما من عمل من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهو في وسع المكلف وفي مقتضي إدراكه، ودلت كذلك على أن الحرج مرفوع عن هذه الأمة في كل ما يلحق ضيقا بالمكلف في نفسه أو جسمه أو بهما معا في الدنيا والآخرة.

وأما دليل السنة المطهرة فمنها:

ما رواه جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «بعثت بالحنفية السمحة»، و«ومن خالف سنتي فليس مني»[1]. وقال النبي ﷺ: **«إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه»**[2]، وقال فيما أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وغيره: **«إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين»**[3].

(١) فتح الباري على صحيح البخاري، الطبعة الأولى (١/ ٨٦).

(٢) جامع الأصول (١/ ١٢٤).

(٣) البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة، انظر: رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين باب الحلم والأناة والرفق (ص٢٨١)، دار إحياء الكتب العربية طبع البابي الحلبي.

ومن الأدلة: ما ثبت من تشريع الرخص:

وهذا أمر مقطوع به ومما علم من دين الأمة بالضرورة كرخص القصر والفطر والجمع في الصلاة، وتناول المحرمات في الاضطرار، فإن هذا نمط يدل قطعا على مطلق رفع الحرج والمشقة، والتيسير والتسهيل على الناس، وكذلك ما جاء في النهي عن التعمق والتكلف وعن كل ما يسبب الانقطاع عن دوام الأعمال، ولو كان الشارع قاصدا المشقة في التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف.

الأدلة من الإجماع على عدم التكليف بالشاق:

ومن الأدلة على ذلك أن الإجماع قد انعقد بين علماء الأمة الإسلامية على عدم وقوع المشقة غير المألوفة في أمور الدين، ولو كان ذلك واقعا لحصل التناقض والاختلاف في الشريعة وذلك منفي عنها، لأن الأدلة على سماحة الشريعة أكثر من أن تحصى فأحكام الشريعة كلها مبنية على التيسير.

ومن أجل ذلك أباح الشارع الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة والإعارة والقرض، وسهل الأمر بالاستعانة بالغير وكالة وإيداعا وشركة ومضاربة ومساقاة وأجاز الاستيفاء من غير المديون حوالة وبإسقاط بعض الدين صلحا أو إبراء وبالتوثيق على الدين برهن أو كفيل.

ومن الأدلة على رعاية مصالح العباد جواز العقود الجائزة لأن لزومها لو وجبت شاق فيكون سببا لعدم تعاطيها، ووقف عزل الوكيل قبل علمه رفعا للحرج وكذلك عزل القاضي، فكل منهما لا يعزل إلا بعد علمه بالعزل. ومنها مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه حال حياته. ومنها:

إسقاط الإثم عن المجتهدين في الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن دون القطع واليقين، وإباحة الشارع النظر إلى المرأة الأجنبية للتطبيب والشهادة وعند الخطبة (بكسر الخاء)، وإباحة أربعة نسوة تيسيرا على الرجل وعلى النساء لكثرتهن. ومشروعية الطلاق لما في إبقاء الزوجة مع التنافر من المشقة.

وكذلك مشروعية الخلع والافتداء والرجعة في العدة قبل الثلاث، ومشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيرا على المكلفين.

وكذلك التخيير في كفارة اليمين لتكريرها إلى غير ذلك مما في هذه الشريعة السمحة من أحكام مبنية على اليسر[1].

وهذا كله يُثْبِتُ بالدليل القاطع أن الشريعة جاءت في مجموعها سهلة ميسرة على العباد خالية من التكاليف الشاقة التي تجعل المكلف في ضيق وحرج من ثقل التكاليف وأنها راعت ظروف الناس من حيث إنهم يتفاوتون صحة ومرضا وقوة وضعفا فكان رفع الحرج والمشقة عن الناس عامة وعن المرضى والمصابين وأصحاب الأعذار خاصة أمرًا واضحًا في هذا الشريعة السمحة.

وأخيرا يجب أن يعلم أن المشقة تجلب التيسير إذا لم يوجد نص في المسالة المفروضة، أما إذا وجد فيها نص فلا يجوز العمل على خلاف النص بداعي جلب التيسير وإزالة المشقة أو لمراعاة المصلحة. ونظام السماحة والتيسير في الشريعة

---

(١) الفقه أساس التشريع (ص١٢٨)، من بحث منشور لفضيلة الشيخ محمد مصطفي شلبي، طبع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة تجلية مبادئ الشريعة الإسلامية.

الإسلامية لا يقتصر على شؤون العبادات وإنما يتسع لكل أحكام الشريعة من معاملات مدنية أو تصرفات شخصية وعقوبات جزائية وتشريعات قضائية ونحوها.

القواعد المكملة لقاعدة المشقة تجلب التيسير:

١ - قاعدة: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع الأمر ضاق:

معنى هذه القاعدة أنه إذا ظهرت مشقة في أمر فيرخص فيه ويتوسع، فإذا زالت المشقة عاد الأمر إلى ما كان، أي أنه إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة، أو طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي للحالات العادية محرجا للمكلفين ومرهقا لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق، فإنه يخفف عنهم ويوسع عليهم حتى يسهل مادامت تلك الضرورة قائمة، فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله وهذا معنى إذا اتسع الأمر ضاق.

فمثلا: لو تحقق عسر مديون لا كفيل له بالمال فيرخص بالتأدية وقت اليسر، ولو ثبت عدم اقتداره على دفع الدين دفعة واحدة فيرخص له بتأدية الدين مقسطا كذلك. ومعنى هذا أنه يجب انظار المعسر إلى الميسرة.

أدلة القاعدة:

ثبتت الأدلة لهذه القاعدة من الكتاب والسنة:

أما الكتاب فمنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُواْ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾ [سورة النساء: آية ١٠١]، حيث إن الله سبحانه وتعالى خفف عن المؤمنين في حال الخوف فأباح لهم قصر الصلاة وتغيير كيفية أدائها وشرع لهم

صلاة الخوف ثم قال تعالى: ﴿فَإِذَا ٱطْمَأْنَنتُمْ فَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ ۚ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا ﴿١٠٣﴾﴾ [سورة النساء: آية ١٠٣]، حيث أمرهم سبحانه عند الاطمئنان وزوال حالة الخوف بإتمام الصلاة وأدائها على كيفيتها الأصلية[١].

وأما دليل السنة فمنها: ما أخرجه أبو داود عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: دف ناس من أهل البادية وحضرت الأضاحي في زمان رسول الله ﷺ فقال رسول الله: «**ادخروا الثلث وتصدقوا بما بقي**» قالت: فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله ﷺ: يا رسول الله لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم ويجملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية، قال رسول الله ﷺ: «**وما ذاك؟**» قالوا: يا رسول الله نهيت عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث، قال رسول الله ﷺ: «**إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا**»[٢]. وفي رواية قال رسول الله ﷺ: «**إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث لكي تسعكم فقد جاء الله بالسعة فكلوا وادخروا**»[٣].

فقد نهى ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث أو فوق الثلث لما ضاق الأمر لحاجة، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة رجع الأمر إلى أصله فأباح لهم الادخار والانتفاع كما كانوا قبل ذلك[٤].

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه (ص١٠٠).

(٢) رواه أبو داود في باب حبس لحوم الأضاحي حديث رقم (٢٨١٢)(٣/ ٩٩).

(٣) المرجع السابق (ص١٠٠).

(٤) الوجيز (ص١٤١-١٤٢).

وهذه القاعدة يندرج تحتها جزئيات كثيرة ومسائل جمة ومن جملة ما تفرع عليها:

١- جواز دفع السارق والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره ولو بالقتل. ولذا قال علي كرم الله وجهه: «لا تتبعوا موليا، ولا تجهزوا على جريح»؛ لأن القصد من القتال كان لدفع الضرر، وقد حصل بهربه أو جرحه فلا يجوز الزيادة عليه لأن ما جاز لعذر امتنع بزواله، ولأن الضرورة تقدر بقدرها، وهي قاعدة شرعية يقرب معناها من هذه القاعدة.

٢- جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل عند فقد العدالة أو ندرتها، كما هو مصرح به في معين الحكام في باب القضاء بشهادة غير العدول للضرورة.

٣- إباحة أكل الميتة للمضطر أو أكل مال الغير على أن يضمنه حفظا للحياة.

٤- ومنها شهادة النساء والصبيان في الحمامات والمواضع التي لا يحضرها الرجال دفعا لحرج ضياع الحقوق، والأصل في ذلك متفق عليه ولكن اختلفوا في الفروع[1].

٢- قاعدة: الضرورات تبيح المحظورات:

هذه القاعدة لها ارتباط بقاعدتي: «لا ضرر ولا ضرار» و«المشقة تجلب التيسير» والضرورات جمع ضرورة، وأصلها الضرر وهو الضيق، والمحظورات هي الممنوعات.

---

(١) المجلة شرح الأتاسي (ص٥١-٥٢)، والوجيز (ص١٤٣،١٤٢).

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الأشياء الممنوعة تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة[1] وتعتبر حالة الضرورة من أعلى أنواع الحرج وأشدها وأكثرها أهمية من الحاجة وأكبرها خطرا. ومعنى هذا أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة.

دليل القاعدة:

هذه القاعدة أصلها ودليلها مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [سورة الأنعام: آية ١١٩]، وهي قاعدة أصولية فقهية، وتتعلق بالرخص الشرعية. وهذه الرخص التي تخرّج على قاعدة الضرورة ثلاثة أنواع:

النوع الأول: يفيد إباحة الممنوع مادامت الضرورة. كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعة، وأكل لحم الخنزير وإساغة اللقمة بالخمر عند الغصة أو عند الإكراه التام بقتل أو قطع عضو، لأن الاضطرار كما يتحقق بالمجاعة يتحقق بالإكراه التام لا الناقص.

فهذه الأشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ أي دعتكم شدة المجاعة لأكلها والاستثناء من التحريم إباحة. وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة يتحقق أيضًا بالإكراه التام فيباح التناول ويحرم الامتناع حتى لو امتنع حتى مات أو قتل كان آثما، لأنه بالامتناع صار ملقيًا بنفسه إلى التهلكة وقد نهى الشرع

---

(١) شرح مجلة الأحكام (ص٢٩) لسليم رست باز.

عن ذلك. وأما إن كان الإكراه بحبس أو ضرب لا يخاف منه التلف فلا يحل له أن يفعل المحظور.

النوع الثاني: من الرخص وهو لا تسقط حرمته بحال، فيبقى الفعل المحظور حراما لكن رخص في الإقدام عليه لحالة الضرورة كإتلاف مال المسلم، أو القذف في عرضه، أو إجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالإيمان، وهذا بشرط أن يكون الإكراه تاما.

فهذه الأفعال في نفسها محرمة مع ثبوت الرخصة، وأثر الرخصة يكون في تغير حكم الفعل المحظور وهو رفع المآخذة فقط لا في تغيير وصفه وهو الحرمة، وفي هذا النوع يكون الامتناع عن الفعل أفضل فإنه لو امتنع فقتل كان مأجورا.

النوع الثالث: أفعال لا تباح بحال ولا ترخص فيها أصلا لا بالإكراه التام ولا غيره كقتل المسلم[1] أو قطع عضو منه أو الزنا أو ضرب الوالدين أو أحدهما، فهذه الأفعال لا يباح الإقدام عليها، ولا ترفع المؤاخذة ولا الإثم لو فعل مع الإكراه لأنه قد تعارض هنا مفسدتان روعي أشدهما بارتكاب أخفها: فقتل المسلم أشد من تهديده بالقتل ولو قتل في هذه الحالة كان مأجورا، ولو قَتَلَ كان ظالما، لكن لو قتل في هذه الحالة هل يقتص منه أو ممن أكرهه على القتل أو من كليهما؟ خلاف بين الفقهاء.

ولو زنا تحت الإكراه التام فإنه يسقط عنه الحد للشبهة لكن لا يرتفع الإثم[2]

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ٩٣).

(٢) المرجع السابق نفسه.

وبناء على ذلك: فإن هذه القاعدة لا تتناول النوع الأخير لأنه لا يباح بحال من الأحوال فيكون مستثنى من هذه القاعدة وهي إنما تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته لكن لا ترفع الضمان لو اضطر لأكل مال الغير، وهي تبيح النوع الثاني مع بقاء حرمته والترخيص إنما هو في رفع الإثم كنظر الطبيب إلى ما لا يجوز الكشف شرعا من مريض أو جريح فإنه ترخيص في رفع الإثم لا الحرمة وكالاضطرار لأكل مال الغير عند المخمصة فإنه لا يسقط حرمة مال الغير بل يسقط الإثم ويجب عليه ضمانه أو الاستحلال من صاحبه[1].

وهذه القاعدة زاد عليها الشافعية قيدا وهو عدم نقصان الضرورة عن المحظور فإذا نقصت فإنه لا يباح المحظور. وهذا الشرط ملتزم عند غير الشافعية وإن لم يقولوه فإنه لو أكره إنسان على قتل غيره فلا يرخص له. وكذلك لو دفن الميت بغير تكفين لا ينبش عليه لأن مفسدة هتك حرمة الميت أشد من مفسدة عدم تكيفنه لأن الستر بالتراب قام مقامه وإن كان هذا في الحقيقة يندرج تحت القاعدة القائلة باختيار أهون الضررين.

٣- قاعدة: الضرورات تقدر بقدرها:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة وضعت عقب القاعدة السابقة وهي: «الضرورات تبيح المحظورات»، لتنبه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة (٢٢) من شرح الأتاسي، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١١٨).

بالقدر الذي تندفع به الضرورة فحسب فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في فعل المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط[(١)].

وهذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة الأم: «الضرر يزال» ولها ارتباط بقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» فمضمون القاعدة هذه أن الضرورات تبيح المحظورات مطلقا فجاءت قاعدة: «الضرورات تقدر بقدرها» لتبين أن الضرورات تبيح المحظور بشرط عدم نقصانها عنها أي: لابد أن تقدر الضرورة بقدرها، وما زاد على قدر الضرورة فباق على الحظر، والمحظور هو ارتكاب ما نهى الله عنه في الظروف العادية. والضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه فعل الشيء الممنوع[(٢)].

دليل القاعدة:

هذه القاعدة دليلها والأصل فيها قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة الأنعام: آية ١٤٥]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ غَيۡرَ مُتَجَانِفٖ لِّإِثۡمٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة المائدة: آية ٣].

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الله تعالى قد حرم الأكل من الميتة إلا عند الضرورة، فيباح الأكل على مقدار سد الرمق لأن ما بعد سد الرمق غير مضطر إليه، فلا يباح.

ولا فرق بين المحرم من المأكول والمشروب لكن إذا كان المشروب مسكرا

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٨٧).

(٢) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية (ص٣٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٣).

واضطر إليه فلا يشرب، لأنه لو شربه لعطش فهو حينئذ لا يزيل العطش بل يثيره ما لم يغص بلقمة ولم يجد غير المسكر فله أن يسيغها به.

وارتباط هذه القاعدة بالقاعدة الأم: «الضرر يزال» ظاهر وقوي من حيث إننا لو لم نقدر الضرورة بقدرها وقع الضرر لأن مجاوزة القدر المطلوب لإزالة الضرورة وقوع في الحرام، وهو ضرر فلا يتحقق الضرر يزال إلا إذا أزيل بقدره.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع كثيرة وهي تدور حول جواز إباحة المحظور، وأن يكون بقدر الضرورة:

الفرع الأول: الاستشارة في الخاطب: فإذا استشير إنسان في خاطب اكتفي بالتعريض لا يعدل عنه إلى التصريح، إلا إذا كان المستشير لا يفهم بالتعريض.

والتعريض: ما يفهم من عرض الكلام وفحواه، وكل ما تكون دلالته على المراد بالإشارة فهو من التعريض. فالضرورة هنا معرفة صلاحية الخاطب، فإذا فهم المستشير بالتعريض فلا يجوز للمستشار التصريح بما في الخاطب من عيوب، لأن ذلك يوقعه في أعراض الناس بلا ضرورة، أما إذا كان لا يفهم إلا بالتصريح فيجوز التصريح في تلك الحالة للضرورة ومن التعريض أن يقول: هذا الخاطب لا يصلح لكم، والله يكرمكم بغيره. ولهذا قالوا: إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب.

الفرع الثاني: أخذ نبات الحرم: فقد حرم الله قطع نبات حرم مكة والمدينة لما روي أن رسول الله ﷺ قال: «**إن إبراهيم عليه السلام حرم مكة ودعا لها، وإني حرمت المدينة كما حرم إبراهيم مكة. فلا يصاد صيدها ولا يقطع شجرها إلا**

لعلف»[١]

والشجر المنهي عن قطعه هو ما ينبته الله تعالى من غير صنع آدمي، ولكن إذا كانت هناك ضرورة فيجوز قطعه. ومنها علف البهائم لأنه لو لم يؤخذ لهلكت حيوانات الحرم. وهذه ضرورة، أما أخذه لبيعه فلا يجوز لأنه لا ضرورة في البيع، والضرورة تقدر بقدرها.

الفرع الثالث: أخذ الطعام في دار الحرب: فيجوز للمحارب أن يأخذ من طعام دار الحرب بقدر ما تدعو إليه الضرورة، أو الحاجة فإذا وصل إلى عمران دار الإسلام امتنع من ذلك، وإذا كان معه بقية ردها[٢] ودار الحرب هي التي استولى عليها الكفار وأصبحت تحت سلطانهم ولو كان بها مسلمون.

والمراد بالطعام كل ما هو مأكول، سواء كان اقتياتا، أو تفكها، أو تداويا.

والحاجة تنزل منزلة الضرورة؛ لأن الاقتصار على حد الضرورة فيه مشقة عظيمة ومن ثم فله أن يأخذ من الطعام بقدر الحاجة قبل قسمة ما غنموه من دار الحرب تشجيعا له على الحرب، ولئلا يهلك جوعا أو عطشا من باب التيسير على المسلم المحارب في دار الحرب، أما ما زاد على قدر الحاجة فلا يحل له، لأن ما زاد عن الحاجة يحرم أخذه[٣].

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني (٥/ ٣٥).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٤).

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٤/ ٢٥٨).

وفي ذلك ما روي عن زيد بن خالد الجهني ﷺ: أن رجلا من أصحاب النبي ﷺ توفي يوم خيبر فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «**صلوا على صاحبكم**»، فتغيرت وجوه الناس لذلك فقال: «**إن صاحبكم غل في سبيل الله**»، ففتشنا متاعه فوجدنا خرزا من خرز يهود لا يساوي درهمين[1].

الفرع الرابع: مداواة الرجل المرأة: فيجوز للرجل أن يداوي المرأة ولو كانت أجنبية ولكن لا يجوز له أن يكشف من جسدها إلا بقدر ما يلزم للعلاج من سائر الأمراض، فإذا كشف ما يزيد عن مقدار الضرورة كان آثما.

وتكون المرأة آثمة هي الأخرى إذا كشفت عما يزيد على قدر الضرورة، إذ لو زدنا على قدر الضرورة لما صدق «الضرر يزال» ولما رفعناه.

وخرج بالأجنبية المحرم فإنه يراعي ما يحل له النظر إليه ويقف عند حد الضرورة فيما لا يجوز.

الفرع الخامس: تعدد الجمعة: فيجوز تعدد الجمعة والاجتماع في مكان واحد بقدر ما تندفع به الحاجة فلو اندفعت بجمعتين لم تجز الثالثة. والقول بجواز تعدد الجمعة ليس خاصا بالشافعية وحدهم، بل قال به الأئمة كلهم وذلك لأن جواز التعدد ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها والعيد حكمه حكم الجمعة.

ولذلك فإن الشافعية يصلون بعد الجمعة الظهر احتياطا لاحتمال أن تكون

---

(١) أخرجه الموطأ وأبو داود والنسائي، انظر: الموطأ (٥/ ٤٥٨)، أبو داود رقم ٢٧١٠ في الجهاد، باب تعظيم الغلو، والنسائي (٤/ ٦٤)، في الجائز باب الصلاة على من غل، وأخرجه بن ماجه رقم ٢٢٨٤٨ في الجهاد باب الغلو.

جمعتهم باطلة. أما في زماننا هذا فإن التعدد دائما لحاجة. وعليه فالمسلم إذا أدرك الجمعة في أي مسجد صلى وهو مطمئن على أن جمعته وقعت موقعها الصحيح وأديت على الوجه الذي طلبه الله تعالى.

الفرع السادس: اقتناء الكلاب للصيد: فإنه يجوز اقتناء الكلاب إذا كان للحراسة، أو الصيد، أو التعرف على المجرمين مثل: الكلاب البوليسية المدربة فهذا جائز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

وفي ذلك ما روي أن الملائكة لا تدخل بيتا فيه كلب[1] أو صورة فقد سأل النبي ﷺ جبريل عن ذلك فقال: «**لقد منعنا أن ندخل بيتا فيه كلب أو صورة**».

فالأصل هو المنع ولكن جاءت حاجات الناس الداعية إلى اقتنائها فكانت الإباحة بقدر الضرورة، فالذي لا يحتاج إلا لكلب واحد لا يجوز له أن يقتني أكثر منه فإذا كانت الضرورة تقضي باثنين فلا يأخذ أكثر منهما لأنه أزيد من الضرورة، والزيادة لا تحل لأن الضرورة تقدر بقدرها.

وقد ذكر العلماء أن إباحة الممنوع سواء كان على وجه التحريم أو الكراهة تأتي على خمس مراتب:

المرتبة الأولى: الضرورات: وهي التي لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا للجماعة والأفراد بحيث لا يستقيم النظام باختلالها، وتؤول حالة الأمة أو الأفراد إلى فساد وفوت حياة وفي الآخرة يكون بفوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين[2].

---

(١) سنن الدارمي باب لا تدخل الملائكة بيتا فيه تصاوير ولا كلب ولا جنب (٢/ ٢٨٤).

(٢) الموفقات للشاطبي (٢/ ٤).

فإذا وصل الإنسان إلى الحد الذي يجعله إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب ففي هذه الحالة يباح له تناول الحرام كالخمر والميتة والنطق بكلمة الكفر.

المرتبة الثانية: الحاجة: وهي كل ما تحتاج إليه الأمة والأفراد من حيث التوسعة ورفع الحرج وانتظام الأمور بحيث إذا لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة من غير أن يبلغ مبلغ الفساد المتوقع لكنه على حالة غير منتظمة وذلك كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في الصوم.

فالمشقات تبيح الرخص ولا تبيح المحرمات[1].

المرتبة الثالثة: المنفعة: وهي كالذي يشتهي خبز الحنطة ولحم الغنم والطعام الدسم فهي لا تتعلق بإباحة محظور ولا حاجة.

المرتبة الرابعة: الزينة: كالمشتهي الحلوى والسكر والثوب المنسوج من حرير الكتان والفواكه الغالية أو النادرة ولحم الغزال.

المرتبة الخامسة: الفضول: جمع فضل بمعنى الزيادة والفضول كل أمر تردد بين الحل والحرمة ومن ذلك التوسع بأكل الحرام أو الشبهة كمن يريد استعمال أواني الذهب، أو شرب الخمر[2]. فهذه هي مراتب ما تحتاج إليه النفس في هذه الدنيا وقد تدخل الضرورة في حله وحرمته وقد تدخل فيه الرخصة وقد لا تدخل.

---

(١) القواعد للزركشي (٢/ ٣١٩).

(٢) المرجع السابق (٢/ ٣٢٠).

٤ - قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه إذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس أو خاصة لشخص ما نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها.

والمراد بالحاجة هنا ما كان دون الضرورة. والضرورة الحالة الملجئة إلى ما لابد منه، والفرق بين الحاجة والضرورة أن حكم الأولى مستمر وحكم الثانية مؤقت بمدة قيام الضرورة، إذ الضرورة تقدر بقدرها[١]. والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره واردا فيه[٢].

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه مصلحة لأنها حينئذ وهم.

تطبيقات القاعدة:

عرفنا أن الحاجة منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص ولكل واحدة منهما فروع وتطبيقات.

أولًا: الحاجة العامة:

أما الحاجة العامة: فمن فروعها الإجارة، والجعالة، والحوالة، والسَّلَم،

---

(١) القواعد الفقهية للزركشي (ص٢٠٩).

(٢) المرجع السابق نفسه (ص٢١٠).

والاستصناع، ودخول الحمام والوصية، فهذه الفروع جوزت على خلاف القياس[(١)] للحاجة إليها وبيانها فيما يلي:

١- **الإجارة**: وهي لغة: اسم للأجرة. واشتهرت في العقد، وأما شرعا: فهي عقد على منفعة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم. أو هي: عقد على المنافع بعوض.

وهذا التعريف الثاني للإجارة أخصر وأوضح وأبلغ في إفادة المعنى.

ولما كانت المنافع في عقد الإجارة غير موجودة عند التعاقد، فقد جوزت الإجارة على خلاف القياس للحاجة إليها، وذلك لأن عقد الإجارة وارد على المنافع وهي معدومة، وتمليك المعدوم قبل وجوده لا يجوز ولا يمكن جعل العقد فيها مضافا إلى زمن وجود المنفعة، لأن التمليكات لا تقبل الإضافة[(٢)] ولا التعليق فكان جوازها استحسانا لقول النبي ﷺ: **«أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»**[(٣)].

والسبب الذي به كانت الإجارة منفعة عامة أن الناس جميعا ليس عندهم دور أو أرض زراعية، وقد يكون عند الإنسان الأرض ولكنه لا يقدر على زراعتها فتفوت المصلحة المترتبة على زراعتها إذا تعطلت بدون زراعة وهذا لا يجوز شرعا لأن في ترك زراعتها إهدارا للمصلحة المنوطة بزراعتها فدعت الحاجة العامة إلى

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٨).

(٢) حاشية القيوبي (٢/ ٦٧٢).

(٣) التلخيص الحبير (٣/ ٥٩-٦٠).

التعاقد على وجه الإجارة نظرا لهذه الحاجة المنزلة منزلة الضرورة[١].

٢- **الجعالة**: وهي لغة: اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء، وشرعا: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول بمعين أو غير معين[٢]. فعقد الجعالة يرد على عمل مجهول كرد الضالة، وقد يكون مع شخص مجهول كأن يقول: من رد عليَّ ضالتي فله كذا، وكذلك العوض يكون مجهولًا في بعض الأحوال، وهذا يقضي بعدم الجواز.

ولكن الشريعة أباحت العقد نظرا لحاجة الناس إليه، وقد يستأنس لجواز عقد الجعالة بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ۝٧٢﴾ [سورة يوسف: آية ٧٢]، وإنما قلنا: يستأنس به لأن هذا ورد في شرع من قبلنا وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه ولم يوجد ذلك المخالف فجاز الاستئناس بهذه الآية الكريمة.

٣- **أعمال السمسرة**: وأعمال السمسرة تأخذ حكم الجعالة إذ هي ما يعطيه شخص لسمسار لأجل أن يدله على شراء قطعة أرض أو شقة أو سيارة، أو نحو ذلك فيجوز مع ما ينطوي عليه عمله من الغرر. فقد يحضر له ما يريد وقد لا يحضره وإذا أحضره فقد يناسبه فيتم العقد وقد لا يناسبه فلا يتم العقد ولكن الحاجة تنزل منزلة الضرورة فأجيز هذا العقد للحاجة إليه.

---

(١) محاضرات في قواعد الفقه للدكتور جاد الرب (ص٤٤).

(٢) حاشية البجيرمي (٣/ ١٨٣)، وحاشية الباجوري (٢/ ٣٣).

٤- **الحواله:** وهي عقد يقتضي انتقال دين من ذمة إلى ذمة أخرى[١]. وحقيقتها بيع دين بدين، فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله الذي في ذمة المحال عليه. وهي وسيلة من وسائل استيفاء الحقوق. والأصل أن الحوالة وهي بيع دين بدين لا تجوز لأن النبي ﷺ: «**نهى عن بيع الدين بالدين**»[٢].

ولكن الصحيح أن الحوالة عقد إرفاق فكانت مشروعة ودليل مشروعية الحوالة قول النبي ﷺ: «**مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**»[٣].

والمطل معناه التأخير في دفع الحق والامتناع عن أدائه لصاحبه من غير عذر. والمليء هو الغني. والأمر في الحديث للوجوب إلا أنه مصروف إلى الندب، لاشتراط الرضا في العقود الرضائية، إذ أن الرضا توافق إرادة الشخص بحريته ورغبته واختياره مع إرادة أخرى على إبرام عقد، أو إنشاء التزام ما. وقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة لحاجة الناس إليها، فقد يكون المدين له دين على غيره، وصاحب المال محتاج إليه، فمن اليسير عليه أن يأخذ ماله من المحال عليه.

٥- **السَّلَم:** السَّلَم هو بيع شيء موصوف في الذمة. أو بيع عاجل بآجل. والآجل السلعة والعاجل الثمن، وقد أجازه الشارع نظرا لحاجة الناس إليه، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات قد تعوزهم النفقة فمن أجل ذلك جوز الشرع

---

(١) المذهب (١/ ٣٣٧)، والسرج الوهاج (ص٢٣٨).

(٢) رواه الشافعي في باب الخلاف في التلخيص (٣/ ٢٦).

(٣) متفق عليه المصدر السابق (٣/ ٤٦).

لهم السَّلَم لينتفع طرفا العقد جميعًا كُلٌّ حِسب حاجته وقصده. والقياس أنه لا يجوز، لأنه بيع معدوم ولكن جوز لاحتياجهم وتيسيرا عليهم في أمور حياتهم على خلاف القياس في بيع المعدوم[1].

٦- **عقد الاستصناع**: وعقد الاستصناع يعتبر عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا. وكان مقتضى القياس أن لا يجوز لانعدام الصنعة وقت التعاقد ولكن هذا العقد يجوز لأن حاجة الناس ماسة إليه،[2] والنبي ﷺ فعله فقد استصنع خاتما ومنبرا وهو من أقوى الحجج. وما وقع في هذا العقد من خلاف فليس في أصل جوازه بل في أنه بيع أو عدة، والصحيح أن عقد الاستصناع بيع[3] له شبه بالإجارة فكان جائزًا بسبب تعامل الناس به وحاجتهم إليه. وهذا العقد يفيد ثبوت الملك في البدلين لكل من المتعاقدين[4]. وبعبارة أخرى ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم[5].

٧- **ضمان الدرك**: الدرك (بفتحتين أو بسكون الراء) عبارة عن ضمان البائع الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع. فهو كفالة مضافة. والقياس يأباها لأنها تمليك والتمليك لا يقبل الإضافة، ولكنه جوز بالإجماع على خلاف القياس، لأن البائع إذا

(١) حاشية الباجوري: (١/ ٣٥٢).

(٢) قواعد الأحكام (١/ ١٢٧).

(٣) بتصرف من شرح القواعد الفقهية (ص٢١٢).

(٤) أبو الفتوح (ص٣٨٨).

(٥) البدائع للكاساني (٥/ ٣).

باع ملك نفسه، فلا يكون ما أخذه من الثمن دينا عليه حتى يضمنه، ولكن نظرا لاحتياج الناس إلى التعامل مع من لا يعرفونه، ولا يؤمن خروج المبيع مستحقا فيجوز للحاجة الداعية إليه[1].

ووجه كونه على خلاف القياس أن البائع يملك المبيع ولا يجوز أن يضمن مال نفسه ولا يكون دينا عليه، فكان جواز هذا العقد للحاجة على خلاف القياس.

٨- **دخول الحمّام**: دخول الحمّام بأجر للاغتسال مع كونه قياسا غير جائز، لأن المنفعة فيه مجهولة وغير معينة إذ لا يمكن تعيين المدة التي يقضيها الشخص في الحمام ومقدار الماء الذي يصرفه[2] ولكنه جوز للحاجة إليه وله نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وهو جواز استئجار الظئر للإرضاع على القول بأن العقد يرد على الخدمة، واللبن تبعا.

٩- **إباحة النظر للمعاملة**: ذلك لأن النظر إلى المرأة الأجنبية في الأصل محرم للأمر بغض البصر في قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [سورة النور: آية ٣٠]، ولكن إذا دعت الحاجة إلى النظر فإنه يباح في بعض الأمور كالخطبة – بكسر الخاء – وضرورة المعالجة وتحمل الشهادة وأدائها، وذلك استثناء من أصل تحريم نظر الرجل إلى المرأة وتحريم نظرها إليه[3] ويكون النظر بقدر الحاجة وما زاد

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩١٨).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (ص٣٨)

(٣) الجامع لأحكام القرآن (١٢/ ٢٢٢)، وأحكام عقد النكاح (ص٨).

عنها فهو حرام.

ثانيًا: الحاجة الخاصة:

وأما الحاجة الخاصة فلها فروع ذكر السيوطي ومن هذه الفروع ما يلي:

١ - تضبيب الإناء: فيجوز تضبيب الإناء بالفضة للحاجة وهي الإصلاح إذ التضبيب وضع الضبة على موضع الكسر ليلتئم. ثم استعمل في كل ما يوضع على الإناء ولو للزينة سواء كان التضبيب صغيرا أو كبيرا ذهبا أو فضة.

أما ضبة الذهب فتحرم مطلقا كبيرة أو صغيرة لحاجة أو لزينة كلها أو بعضها وهو المعتمد كما صححه النووي، وأما ضبة الفضة: فالكبيرة حرام عند الأئمة الثلاثة وقال أبو حنيفة: لا يحرم الإناء المضبب بالفضة مطلقا، فالأول أشد من الثاني.

ووجه الأول: كمال الورع، ومن الورع التباعد عن الإناء المضب كالتباعد عن الإناء الكامل من الفضة. ووجه الثاني: العفو والتسامح في مثل هذا. ومرجع الكبر والصغر في الضبة إلى العرف، والمراد بالعرف ما استقر في العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، ولا يرجع إلى العرف إلا فيما لا نص فيه من الشارع[١].

وإنما حرم الإناء المضبب بالذهب دون الفضة لأن الخيلاء في الذهب أشد من الخيلاء في الفضة، ولأن الفضة أوسع من الذهب بدليل جواز الخاتم للرجل منها دونه[٢]

---

(١) حاشية بجيرمي (١/ ١٠٥).

(٢) حاشية الباجوري (١/ ٤٢).

٢- الأكل من الغنيمة في دار الحرب: الأكل من الغنيمة في دار الحرب يجوز ولو كان معه طعام من جنس ما غنمه لأن الحاجة تدعو إلى ذلك تشجيعا للمقاتلين في الحرب لأنه يرفع من روحهم المعنوية في مواطن الجهاد. ولكن إذا وصل عمران دار الإسلام وكان معه شيء من الغنيمة وجب رده؛ لأنه حينئذ سيأكل حق غيره[١] لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾ [سورة آل عمران: آية ١٦١].

وقد روي عن رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فتقدم سرعان الناس فتعجلوا من الغنائم فطبخوا ورسول الله في آخر الناس، فمر بالقدور فأمر بها فأكفئت أي قلبت وأفرغ ما فيها» قال عياض: كانوا قد انتهوا إلى دار الإسلام والمحل الذي لا يجوز فيه الأكل من الغنيمة المشتركة إلا بعد القسمة، وأن محل ذلك قبل القسمة إنما هو ماداموا في الحرب، وإنما أفسد الرسول ﷺ اللحم عليهم مع حاجتهم إليه لأن هذا أبلغ في الزجر[٢].

٣- خيار التعيين: خيار التعيين يجوز مع أنه يجعل المبيع مجهولا ولكن جواز هذا البيع للاحتياج إليه، ولأن بعض الناس قد لا يمكنه أن يشتري شيئا بدون استشارة العارفين[٣].

وصورة ذلك أن يذهب شخص إلى تاجر ساعات مثلًا ويختار من بين الساعات المعروضة أكثر من واحدة ثم يتعاقد المشتري مع البائع على شراء واحدة

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لحيدر (ص٣٨).

(٢) جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير الجزري (٢/ ٧٢٤-٧٢٥).

(٣) شرح درر الحكام (ص٣٨).

غير معينة من الساعات التي أخذها من التاجر على أن يكون له خيار التعيين، فإذا وقع اختياره على واحدة منها أصبح العقد لازما وانتهى الخيار.

وهذا من بيع المجهول فيكون فاسدا فيمنع لأنه يؤدي إلى الغرر المنهي عنه ولكن أجيز لمسيس الحاجة إليه وهي رفع الغبن عن المشتري الذي لا دراية له بالبيع والشراء.

وبهذا النوع من الخيار قال الحنفية والمالكية والإمامية وبعض الزيدية.

واستدلوا على ذلك بالقياس حيث إنهم قاسوا خيار التعيين على خيار الشرط والجامع بينهما وجود الحاجة إلى رفع الغبن في كل منهما، وخيار الشرط مشروع فيكون خيار التعيين مشروعا مثله[1] لدفع حاجة المشتري الذي يكون غير خبير بأحوال السوق والبيع والشراء فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأفضل له ولن يتحقق له هذا إلا عن طريق مشروعية هذا الخيار.

كما أن المرأة قد لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى البائع لسبب أو آخر كما هو حاصل في البيوت الراقية والعائلات الكريمة ذات الشرف والمكانة الاجتماعية فلا تجد إلا توكل من يشتري لها ما تريد على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو أكثر من الثياب والمشغولات الذهبية وغيرها من سائر الأشياء التي ترغب في شرائها، فكانت الحاجة ماسة إلى مشروعية هذا الخيار ولاسيما بعد أن تعددت الصناعات

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م ٣١٦-٣١٩، وحاشية ابن عابدين (٤/ ٦٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ١٠٦).

وأصبحت أصنافا وألوانا بدرجات متفاوتة في الجودة ويصعب معرفتها لغير ذوي الخبرات والبصر بالمبيعات[1].

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد نص يجوزه، أو تعامل أو لم يرد فيه شيء منهما ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد في نظيره واردا فيه وهذا قد سبق ذكره وأوردناه للتنبيه على هذا القيد كما في بيع الوفاء فإن مقتضاه عدم الجواز لأنه من قبيل الربا لأنه انتفاع بالعين بمقابلة الدين أو صفقة مشروطة في صفقة كأن قال: بعته منك بشرط أن تبيعه مني إذا جئتك بالثمن وكلاهما غير جائز ولكن لما مست الحاجة إليه في بخارى بسبب كثرة الديون على أهلها جوز على وجه أنه رهن أبيح الانتفاع بثمراته ومنافعه كلبن الشاة وثمر الشجر والرهن على هذه الكيفية جائز.

أو كان لم يرد فيه نص يجوزه أو تعامل، ولم يرد فيه نص يمنعه، ولم يكن له نظير جائز في الشرع يمكن إلحاقه به ولكن كان فيه نفع ومصلحة كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين وضرب الدراهم، والعهد بالخلافة وغير ذلك مما لم يرد به الشرع ولم ينه عنه ولم يكن له نظير من قبل فإنه دعت إليه الحاجة وسوغته المصلحة بخلاف الضرورة فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئا من ذلك.

وأما ما لم يرد فيه نص يسوغه ولا تعاملت عليه الأمة ولم يكن له نظير في

---

(١) راجع رسالة الدكتوراه لأشرف الخطيب في خيار العقد وتطبيقاته مقدمة لكلية الشريعة والقانون سنة (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧).

الشرع يمكن إلحاقه به، وليس فيه مصلحة عملية ظاهرة، فالذي يظهر عندئذ عدم جوازه جريًا على ظواهر الشرع، لأن ما يتصور فيه أنه حاجة والحالة هذه يكون غير منطبق على مقاصد الشرع.

وقد ذكر ابن الهمام أن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي[1].

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه مصلحة لأنها حينئذ وهم وهذا ما سبق بيانه من قبل.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: تجويز الوصية فإن القياس يأباها لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت، والتمليكات لا تقبل الإضافة، وأيضًا بالموت ينتقل الملك إلى الوارث، فلم يبق للمورث بعد الموت مال أو شيء موروث حتى يملكه للغير ولكن جوزت الوصية بنص الكتاب العزيز للحاجة إلى هذا التصرف لمصلحة المورث الذي يريد أن يتدارك ما فاته من أعمال الخير في حياته من قبل ويريد أن يستدرك ذلك عن طريق الوصية.

فقد شرع الله الوصية وهي تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصي به عينا أو منفعة فللإنسان أن يوصي في حال حياته بأن يصرف جزءً من ماله بعد موته لشخص معين أو في عمل من أعمال الخير أو في أداء ما وجب عليه من الفرائض والواجبات التي قصر في أدائها وهو يريد أن يتدارك ما فاته منها إبراءً لذمته وتحصيلا للثواب الذي هو في أشد الحاجة إليه.

(1) راجع: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص210). وفتح القدير في باب شروط الصلاة.

وفي الوقت نفسه يخشى أن يتبرع بماله في حياته ثم تمتد به الأيام ويطول به الأجل فيحتاج إلى ماله في قضاء مصالحه في الدنيا ودفع حاجته فيها، فهو بين الرغبة في الاستزادة من الثواب والخشية من العوز وذل الحاجة في الحياة وهذه مصلحة أكيدة ومعتبرة شرعا.

ومن أجل ذلك شرع الله الوصية للناس رحمة بهم وتمكينا لهم من مقاصدهم في فعل الخير مع تأمين حياتهم من شر الفقر والفاقة ففتح لهم بذلك أبواب الخير بنفوس مطمئنة وتصدق عليهم بثلث أموالهم يوصون فيه بما يريدون ولا ينفذ ذلك عليهم إلا بعد موتهم إذا استمروا على وصيتهم وماتوا دون أن يرجعوا فيها. فقد قال رسول الله ﷺ: «**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم أو حيث أحببتم**»[١]، ولم تجز الوصية فيما زاد على الثلث فهي محددة بثلث المال مراعاة لحق الورثة فأبقى الله لهم الثلثين لا تنفذ فيهما وصية مورثهم إلا إذا أجازوها.

فكانت حاجة الناس ماسة إلى الوصية فأجيزت لما ورد فيها من نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة، والعقل يحكم بذلك مع الشرع فقد قال الكاساني[٢]:

---

(١) رواه ابن ماجه والبزار والبيقهي من حديث أبي هريرة بلفظ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»، وإسناده ضعيف، وفي الباب عن أبي بكر الصديق، رواه العقيلي في تاريخ الضعفاء، من طريق حفص بن عمر بن ميمون وهو متروك، عن خالد بن عبد الله السلمي وهو مختلف في صحبته، رواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول، يراجع: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، (٣/ ٩١).

(٢) بدائع الصنائع للكاساني (٧/ ٣٣٠).

«إن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث: «**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم أو حيث أحببتم**» أو تداركا لما فرط منه في حياته وذلك بالوصية.

فهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد إليها، فإذا مست الحاجة إلى الوصية وجب القول بجوازها «**والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة**».

والتركة التي تنفذ الوصية من ثلثها هي ما بقي من المال بعد تجهيز الميت وسداد ديونه إن وجدت لأن ذلك من ضروراته التي لابد من الصرف إليها أولا سواء في حالتي الحياة والممات.

والأفضل في الوصية المندوبة والمباحة أن يقدم الموصي ما لا يرث من قرابته المحارم ثم غير المحارم ثم بالرضاع ثم بالمصاهرة ثم بالجوار كالصدقة المنجزة[1]

ومن كان له ورثة لا تغنيهم تركته فلا يستحب له أن يوصي لأن إغناء الورثة خير من إعطاء الأجنبي. ولهذا قال الأئمة الأربعة والزيدية: بعدم وجوب الوصية؛ لأن النبي ﷺ مات ولم يوص ولو كانت فرضًا ما تركها.

٥- قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار بأمر سماوي كالمجاعة والحيوان الصائل، أو غير سماوي كالإكراه الملجئ. والإكراه

---

(١) شرح الترتيب (٢/ ٣).

الملجئ هو الذي لا يبقي للشخص معه قدرة ولا اختيار كإلقاء شخص من شاهق على شخص ليقتله فالشخص الملقى لا قدرة له على الوقوع لا فعلا ولا تركا ومثل ذلك أيضا: أن يهدد شخص غيره بما يلحق به ضررا في نفسه أو عضو من أعضائه، ففي الأول: يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه جوعا، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل ويضمن في الحالتين وإن كان مضطرا، فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير.

وفي الثاني: إذا كان واردا على إتلاف مال الغير فإن المكره يضمنه.

أما الإكراه غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكره لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير.

وما يعتبر عذرا شرعيًا منهما هو الإكراه الملجئ لقوله ﷺ: «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1]؛ ولأن من شرط التكليف أن يكون الفعل مقدورا عليه للمكلف أي يتأتى له فعله كما يتأتى له تركه.

والإكراه الملجئ لا تبقى معه قدرة للمكلف لا على الفعل المكره عليه لأنه أصبح واجب الصدور عقلا ولا على ضده لأنه ممتنع الوقوع عقلا، وكل من الواجب العقلي والممتنع العقلي لا يدخل تحت قدرة المكلف[2].

---

(١) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان وأخرجه في الأوسط من حديث ابن عمر وعقبه بن عامر بلفظ «وضع عن أمتي» وإسناد حديث ابن عمر صحيح، راجع: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٠٦).

(٢) راجع: نهاية السول للأسنوي (١/ ٣١١)، وانظر: بحث الإكراه للمرحوم الشيخ زكريا البرديسي (ص٢) وما بعدها.

أثر الإكراه على الأحكام الشرعية:

إذا كان الإكراه لا يسقط عن المكره (بالفتح) أهلية الوجوب ولا يمنع أن يكون مخاطبا بفروع الشريعة وجميع الأحكام التكليفية، فإن هذا لا ينفي أن يكون للإكراه بنوعيه أثر في تصرفات المكره بالنسبة لما أكره عليه، والشيء المكره عليه إما قول أو فعل والقول إما خبر أو إنشاء، والإنشاء إما أن يقبل الفسخ ويبطله الهزل أو لا، والفعل إما أن يباح ويحل مع الإكراه أو يحرم أو يرخص فيه وبيانه فيما يلي:

الإكراه على الإقرار للغير بحق:

فإن كان الإكراه على قول هو إقرار بحق للغير عليه كان هذا الإقرار باطلا لا يؤاخذ المقر به ولا يترتب عليه أثره إن انتهي الإكراه إلى الإلجاء، وإن لم ينته إلى ذلك فهو مختار وتكليفه جائز شرعا وعقلا، وبهذا قال الشافعية والحنابلة[1]

ففي حالة الإكراه الملجئ سقط أثر التصرف رخصة من الله تعالى، مثل النسيان تماما لقوله ﷺ: **«إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»** ووجه الدلالة من الحديث أن لفظ (ما) في الحديث يفيد العموم فيكون حكم كل تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعا. والإقرار من جملة التصرفات. ولأن الإكراه جعل حجة حالة الاختيار ترجيحا لجانب الصدق على جانب الكذب، وعند الإكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لوجود القرينة الدالة على أن المقر

---

(١) راجع: مخطوط قواعد الزركشي ق ٢٣ وما بعدها، والأشباه النظائر للسيوطي (ص١٧٨)، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد (ص٥٨).

يريد دفع الضرر عن نفسه.

ومن هنا قرر العلماء أن ذلك الحكم يجري في فروع الشريعة كلها فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به من أكره.

وكذلك يكون الحكم لمن أكره على شرب الخمر فشرب فلا حد عليه لأن الحد الشرعي شرع زاجرا عن الجناية وشرب الخمر المكرَه عليه ليس جناية بل هو مباح، لشبهة الإكراه. وكذلك يكون الحكم فيما لو أكره على السرقة فلا إثم على السارق المكره ولا حد لقوله ﷺ: «**إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**» ولأن الحدود تدرأ بالشبهات والإكراه هنا شبهة تمنع الحد[1].

وهذا إذا كان الإكراه ملجئا فإن كان غير ملجئ بأن كان بحبس أو قيد مثلًا من غير أن يمنع عنه الطعام أو الشراب فلا يحل له شيء من المحرمات لعدم الضرورة..

فإذا تناول شيئا من هذه المحرمات وجب إقامة الحد قياسا، لأنه لا تأثير بالإكراه بالحبس ونحوه في الأفعال فوجود هذا الإكراه يعتبر في حكم العدم، ومع هذا فلا يجب الحد في حالة الإكراه غير الملجئ استحسانا.

أما من أكره على إتلاف مال الغير فإن هذا الإكراه وإن أباح إتلاف مال الغير إلا أن حرمته باقية مع الإكراه لأن إتلاف مال المسلم حرام حرمة لا تحتمل السقوط وهذه الحرمة متعلقة بحق من حقوق العباد فإن مال المسلم معصوم ووجوب عدم

(١) راجع: المطعومات والأعذار الشرعية للدكتور رمضان الشرينباصي (ص١٨٨).

إتلافه حق من حقوقه فيكون إتلافه إهدارا لهذه العصمة وهو حرام.

وهذه الحرمة لا تسقط ولكن يرخص في هذا الإتلاف لمن أكره على ذلك وكان الإكراه ملجئا إبقاء لحرمة النفس التي ستهلك بسبب هذا الإكراه إذا امتنع عن إتلاف مال الغير.

وكذلك حرمة عضو المكره فوق حرمة المال؛ لأن المال متبذل مهان وربما يقدمه مالكه فداء لنفس الغير ومع أن الشارع رخص في إتلاف مال الغير بالإكراه إلا أن هذا الإكراه ليس مزيلا لعصمة المال في حق صاحبه لأن عصمة المال ثبتت للحاجة إليه.

وهذه الحاجة ما زالت باقية فيكون إتلافه وإن رخص فيه غير مسقط لعصمته فإن هذا الإتلاف في حد ذاته من قبيل الظلم والظلم حرام حرمة مؤبدة.

ولهذا فإن المكرَه إذا امتنع عن إتلاف مال الغير حتى قتل كان شهيدا لأنه بذل مهجة نفسه لدفع الظلم فاستحق لذلك الأجر والثواب وبلغ درجة الشهداء، مثله في ذلك كمن امتنع عن ترك العبادات المفروضة كالصلاة ونحوها حتى قتل فإنه يكون شهيدا.

ولهذا اتفق الفقهاء على وجوب الضمان وهو على الرأي الراجح على المكرِه لا على المستكرَه لأنه وإن باشر الفعل إلا أنه كالآلة بالنسبة للحامل الذي أكرهه على الإتلاف.

وخلاصة القول: إن الإكراه الملجئ، أو التام عذر شرعي من الأعذار التي تبيح تناول المطعومات المحرمة وتجيز إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان

ولكن الإكراه الملجئ لا يبيح الجرائم التي تضر بالنفس أو العضو وأيضًا لا يبيح الزنا بالمرأة فإن الزنا حرام لأنه في حد ذاته يعتبر من الجرائم البشعة التي لا تحل في دين من الأديان لما فيه من المفاسد التي منها هتك العرض والعار الذي يلحق بالمزني بها وبأسرتها فإن هذا العار قد يستمر أجيالا يلاحق أسرتها، ومن ينتسب إليها فضلا عن أن الزنا جريمة لا يغتفرها أي مجتمع لمن ارتكبها سواء كان رجلا أو امرأة مهما كان الدافع إليها.

وبالإضافة إلى ذلك وما قدمناه من أن الاضطرار لا يبطل حق الغير فإنه يدخل معنا هذه الصور وهي:

ما لو انتهت مدة الإجارة أو العارية والزرع بقل لم يحصد بعد، فإنه يبقى إلى أن يأتي زمن الحصاد، ولكن بأجر المثل، لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة، وكذلك لو انتهت مدة إجارة الظئر وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام فإنها تجبر على إرضاعه ولكن بأجر المثل، وأيضًا فإنه يدخل ما ذكروه من أنه لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لابد منه وكان التعليق في الصحة والشرط في المرض يكون فارا وترث، لأن اضطراره إلى فعل ما لابد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث فترث.

وهذا كله يدل على أن حق الغير لا يسقط بالاضطرار مهما كانت درجته وقد قال الرسول ﷺ: «**كل المسلم على المسلم حرام دمه حرام وماله حرام وعرضه**»، قال ذلك وأعلنه في حجة الوداع حيث قال: «**إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ألا هل بلغت اللهم فاشهد، فليبلغ الشاهد منكم الغائب**».

القاعدة الثالثة: قاعدة: اليقين لا يزول بالشك

ومن أهم القواعد المتفرعة منها: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»، والأصل براءة الذمة»، وغيرهما.

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الأمر الذي ثبت بيقين لا يزول بالشك، وإنما يزول بيقين مماثل، لأن الشك ضعيف فلا يقوي على إزالة اليقين القوي[1].

واليقين معناه لغة: قرار الشيء يقال: يقن الماء في الحوض بمعنى ثبت واستقر، واصطلاحا: هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل، أو هو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه.

فخرج بالاعتقاد الجازم: الظن وغلبة الظن، لأنه لا جزم فيهما. وخرج بقوله: المطابق للواقع، ما ليس مطابقا للواقع، وهو الجهل وإن كان صاحبه جازما.

وخرج بقوله: عن دليل اعتقاد المقلد فيما كان صوابا، لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال.

فكل ذلك ليس من اليقين في شيء. لكن المناسب هنا تفسير اليقين بالمعنى اللغوي، لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر، فكثيرًا ما يكون الأمر في نظر الشرع يقينا لا يزول بالشك في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه، وذلك كالأمر الثابت بالبينة الشرعية فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان، مع أن

---

(١) درر الحكام (ص٢٠).

شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد يجيز العقل فيها السهو والكذب.

وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقينا، لأنه لقوة ضعفه، قد طرح أمام قوة مقابله ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر[1].

وعرفه البعض بقوله: هو اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا مطابقا للواقع غير ممكن الزوال وقال الموفق: ما أذعنت النفس للتصديق به وقطعت به وقطعت بأن قطعها به صحيح. والشك خلاف اليقين، فهو لغة: التردد. واصطلاحا: تردد الفعل بين الوقوع وعدمه. أي لا يوجد مرجح لأحد الأمرين على الآخر، ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين. أما إذا كان الترجيح ممكنا لأحد الاحتمالين والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة. فتكون الجهة الراجحة في درجة الظن والجهة المرجوحة في درجة الوهم.

وإذا كان القلب يطمئن للجهة الراجحة فتكون ظنا، والظن الغالب ينزل منزلة اليقين. ويفهم من هذا أنه إذا وجد اليقين في شيء زال الشك. ويقال ذلك إذا رأى إنسان شيئا في يد آخر يتصرف فيه تصرفا يغلب على ظن من يشاهده أنه ملكه، كان مثله يملك مثله، ولم يخبر الرائي عدلان أنه ملك غيره، فإنه يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكه لهذا الشيء[2]. بناء على غالب الظن.

فالظن الغالب معتبر في الشرع بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه في أكثر

---

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقا (ص٧٩).

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقا (ص٨٠).

المسائل إذا كان مستندا إلى دليل معتبر، والمراد بالشك هنا هو الشك الطارئ بعد حصول اليقين في الأمر[١] سواء تساوي الاحتمالان أو رجح أحدهما على الآخر.

دليل القاعدة:

هذه القاعدة يستدل لها بقوله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا ۚ إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [سورة يونس: آية ٣٦]، وقوله ﷺ: «**إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا**»[٢] أي أن الإنسان لا يدع ما هو عليه من الحال المتيقنة إلا بيقين في انتقالها[٣] وفي الصحيحين عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال: شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال: «**لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا**»[٤]، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى خمسا شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتمامًا لأربع كانتا ترغيما للشيطان**»[٥]

والشك هو الوقوف بين الشيئين حيث يميل القلب إلى أحدهما فإن ترجح

---

(١) درر الأحكام (ص٢٠).

(٢) صحيح مسلم كتاب الوضوء باب الذي يخيل إليه انه يجد الشيء في الصلاة.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٦)، وحاشية الروض المربع للنجدي (١/ ٢٥٩).

(٤) النووي على مسلم (٤/ ٤٩).

(٥) أخرجه مسلم وأبو داود وابن حبان والحاكم والبيهقي، يراجع: نيل الأوطار (٢/ ١٣٢).

أحدهما ولم يطرح الآخر فهو الظن، فإن طرحه فهو غالب الظن، وهو بمنزلة اليقين وإن لم يترجح فهو الوهم، وبناء على ما تقدم نقول: إن المدركات لها خمس مراتب:

اليقين، والظن الغالب، والظن، والشك، والوهم.

أما اليقين فهو جزم القلب مع الاستناد إلى دليل قطعي، وأما الظن الغالب فهو ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر مع اطمئنان القلب إلى الجهة الراجحة، وأما الظن فهو تجويز أمرين لأحدهما مزية على الآخر، وأما الشك فهو التردد بين أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر، وأما الوهم فهو تجويز أمرين أحدهما أضعف من الآخر[(١)].

وقوله في الحديث: «حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا»، معناه أنه لا ينصرف حتى يتيقن وليس المراد تخصيص هذين الأمرين باليقين، لأن المعنى إذا كان أوسع من اللفظ كان الحكم للمعنى لا للفظ، وهذا أصل وقاعدة من قواعد الدين في أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك[(٢)] والمراد أن استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ عليه، ولك أن تقول: «الأصل بقاء ما كان ما على كان»[(٣)].

مباحث تتعلق بالشك:

١- حقيقة الشك: الشك في اللغة مطلق التردد، وفي اصطلاح الأصوليين:

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٦).

(٢) حاشية الروض المربع (١/ ٢٥٩) وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٢).

تساوي الطرفين، فإن رجح أحدهما كان ظنا والمرجوح وهما.

وأما عند الفقهاء فهو كاللغة في سائر الأبواب لا فرق بين المساوي والراجح وهذا إنما قالوه في الأحداث، وقد فرقوا بينها في مواضع كثيرة.

منها: أنه في الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضاء جاز، وإن شك فلا يأكل ومثله وجوب ركوب البحر في الحج إن غلبت السلامة، وإن شك فلا يركب ومثله في المرض المخوف إذا غلب على ظنه كونه مخوفا نفذ التصرف من الثلث فقط وإن شككنا في كونه مخوفا لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة والأطباء العدول.

٢- **الشك الطارئ بعد الشروع لا أثر له في مواضع منها:** أن يتذكر المشكوك فيه عن قرب كما لو شك في أصل النية، وتذكر على القرب قبل مضي قدر ركن تصح صلاته، وكذا لو شك الصائم في النية وتذكر قبل مضي أكثر النهار صح صومه.

ويستثنى من ذلك بعض المسائل: ما لو صلى المسافر وشك هل نوى القصر أو لا؟ يلزمه الإتمام وإن تذكر في الحال أنه نوى القصر قصر. نص عليه في الأم وتابعوه. ومنها الشك بعد الفراغ من العبادة قال ابن القطان: فرق الشافعي بين الشك في أثناء العبادة وبين الشك بعد الفراغ منها فلم يوجب إعادة الثاني لأنه يؤدي إلى المشقة، فإن المصلي لو كلف أن يكون ذاكرا لما صلى لتعذر عليه ذلك فسومح فيه كما لو شك بعد السلام في ترك فرض من فروض الصلاة لم يؤثر على المشهور.

نعم لو كان المشكوك فيه هو النية وجبت الإعادة. والشك في المانع لا يؤثر وذلك فإننا نقول: ما كان وجوده شرطا كان عدمه مانعا.

فالشرط في البيع والسَّلَم القدرة على التسليم والعجز مانع، وإذا شككنا في الشرط لا يثبت الحكم، وإذا شككنا في المانع منه أثبتنا الحكم عملا بالأصل في الموضعين. فإذا شككنا هل تطهر أو لا؟ فالشك يؤثر لأن الطهارة شرط والأصل عدمها، أما إذا شككنا في المانع فالأصل العدم فترتب الحكم عليه، فإذا قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق فخرجت، وادعى أنه أذن فأنكرت الإذن فالقول قولها: ويقع الطلاق لأن الأصل عدمه ومن لم يوقعه يتمسك بأن الأصل بقاء النكاح وكذلك هنا يقال: إنما رتبنا الحكم عند الشك في الحديث فإنه مانع والأصل عدمه فالشك لا يؤثر في يقين الطهارة، فإن كان عدميًا فلا يترتب الحكم.

وإذا تقرر ذلك أنتج أن ما كان وجوده شرطا فعدمه مانع وعند الشك في وجوده لا يترتب الحكم لأن الأصل عدم وجود ذلك الشرط والأصل وجود المانع.

ومن الصور التي لا يؤثر فيها الشك بعد الفعل أن يعارضه أصل ضعيف فيضعف الشك حينئذ، ومن ذلك ما لو أحرم وتزوج وشك هل كان تزوجه قبل الإحرام أو بعده؟ فالنكاح صحيح نص عليه الشافعي فيما نقله الماوردي ووجهه: أن الأصل عدم الإحرام. وقال الدارمي: نص الشافعي قال: من جهة الورع إيقاع طلاقه ويعطي نصف الصداق إن سمى المهر والمتعة إن لم يسم قال: وفي الحكم النكاح صحيح.

٣- إذا أقدم شاكا في حصول الشرط ثم بان مصادفته أي: حصوله هل

يجزيه؟ على ضربين:

الأول: أن يكون مما تجب فيه النية أو بنى على الاحتياط فلا يجزيه كما لو صلى شاكا في دخول الوقت ثم بان دخوله.

وكما لو توضأ من الإناء المشتبه فيه من غير اجتهاد ثم تبين أن الذي توضأ منه كان طاهرا لم تصح صلاته ولا وضوؤه، فلو غسل به نجاسة لم يصح بناء على نيته قبل التبين وتصح بعد التبين بناء على المشهور أن النجاسة لا تفتقر إلى النية. قال الشاشي ولو اشتبهت عليه القبلة فصلى بغير اجتهاد وتبين أنه صلى للقبلة.

وكذا لو حكم القاضي بغير اجتهاد ثم بان مصادفته لا يصح، ولو ولّى الإمام قاضيًا وهو لا يعلم إتصافه بالأهلية لم يصح وإن كان أهلا. ومن لا يجوز أن يكون قاضيًا لو وَلِيَ وحكم لم تنفذ أحكامه وإن كانت صوابا[1].

وحكى ابن عبدان في كتابه الشرائط قال: من ولي القضاء من غير أهلية فوافق الحق في حكومة نفذت تلك الحكومة، فإن كان الشك في غير حصول الشرط فيجزيه في صور، ومنها: لو وقف بعرفة شاكا في طلوع الفجر ثم تبين أنه قد طلع فإن وقوفه صحيح مسقط للفرض قاله الشاشي في المعتمد وقال الشيخ أبو حامد وغيره: الشك ثلاثة أضرب:

الأول: شك طرأ على أصل حرام، كشاة مذبوحة في بلد فيه مسلمون ومجوس لا يغلب أحدهما على الآخر فلا تحل لأن أصلها حرام.

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي (٢/ ٢٥٥-٢٦٧).

والثاني: شك طرأ على أصل مباح كما لو وجد ماء متغيرا واحتمل أن يكون تغييره بنجاسة أو بطول المكث فيحل استعماله مع الشك عملا بأصل الطهارة. وكذا الشك في الطلاق لا يؤثر لأن الأصل بقاء النكاح.

والثالث: شك لا يعرف أصله كمعاملة من يكون أكثر ماله حرامًا فلا يحرم لإمكان الحلال، ويكره خوف الوقوع في الحرام[1].

مكانة هذه القاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»:

هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثرا[2] ويكفي أن أذكر أهم الفروع الفقهية التي تندرج تحتها ومنها:

١- ما نص عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الأموال الربوية كالمكيلات والموزونات لأن المماثلة في بيعها شرط محقق، والمماثلة مع المجازفة مشكوك فيها فلا تثبت الصحة بناء على أن الأصل المقرر هو أن الحكم المعلق على شرط إذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت لأن ما ليس بيقين لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول بالشك، ولأن الشك في المماثلة هي عين المفاضلة.

٢- وإذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة وانقطعت أخباره مدة طويلة، فانقطاع أخباره يعتبر شكا في حياته إلا أن ذلك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة من قبل.

ومن ثم فلا يجوز الحكم بموته، وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته

---

(١) المنثور للزركشي (٢/ ٢٨٧) وما بعدها.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٦).

يقينا وعلى العكس من ذلك إذا سافر آخر بسفينة وثبت غرق السفينة فيحكم بموته لأن موته في هذه الحالة ظن غالب، والظن الغالب ينزل منزلة اليقين.

٣- وإذا أقر شخص بمبلغ لآخر قائلا أظن أنه يوجد لك بذمتي كذا من المال فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم، لأن الأصل براءة الذمة، والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين بشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له، إذ أن إقراره لم ينشأ منه عن يقين، بل عن شك وظن، وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر[1].

٤- ولو عقد الرجل على أختين بعقدين متعاقبين ونسي الأول فإنه يفرق بينه وبين الأختين، ولا يجوز ترجيح أولية عقد إحداهما على الأخرى بغلبة الظن، بل لابد من العلم، لأن التحري أو غلبة الظن لا يجري في مسائل الفروج.

٥- ولو طلق واحدة معينة من نسائه ثم نسيها، فإنه لا يجوز له أن يأتي واحدة منهن إلا بعد العلم بالمطلقة، ولا يكفي التحري وتغليب الظن ولا يجوز للحاكم أن يخلي بينه وبين نسائه حتى يتبين لأن التحري إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة والفروج لا تحل للضرورة.

٦- ومن المسائل التي تندرج تحت قاعدة: اليقين لا يزول بالشك أن المتيقن للطهارة إذا شك في الحدث، فهو متطهر عند الأئمة الثلاثة أبي حنيفة والشافعي وأحمد.

وأما عند مالك فمن شك في الطهارة يجب عليه الوضوء بناء على قاعدة عنده

---

(١) درر الحكام (ص٢٠).

تقول: الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط[1].

لكن ابن عبد البر رد هذا القول في كتاب التمهيد فقال: إن قول مالك: من شك في الحدث بعد يقينه بالوضوء فعليه الوضوء هذا القول لم يتابعه عليه أحد من أهل الفقه علمته إلا أصحابه ومن قلدهم في ذلك. وقد خالفه عبد الله بن نافع وأجمع العلماء أن من أيقن الحدث وشك في الوضوء أن شكه لا يفيد فائدة[2].

٧- وإذا شك في إخراج ما عليه من الزكاة فإنه يجب عليه إخراج الزكاة وينوي التقرب، وإذا أدى الزكاة من مال يظن حله فأخلف ظنه لم تسقط الزكاة بذلك، وكذلك إذا عجل الزكاة على ظن بقاء الفقر إلى الحول فأخلف ظنه باستغناء الفقير لم تسقط بذلك وله الرجوع لخروج المقبوض عن كونه زكاة[3].

٨- وإذا أحرم بالعمرة ثم بالحج وشك هل كان إحرامه بالحج قبل طواف العمرة فيكون صحيحا، أو بعده فيكون باطلا؟ حكم بصحته لأن الأصل جواز الإحرام بالحج حتى يتيقن أنه كان بعده وهذا كمن تزوج وأحرم ولم يدر هل أحرم قبل تزوجه أو بعده؟ فإن الشافعي نص على صحة نكاحه لأن الأصل عدم الإحرام[4].

---

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام ملك (ص١٩٢).

(٢) المرجع السابق (ص١٩٢).

(٣) قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام (٢/ ٦٥).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٧).

٩- وإذا أقر الحاكم بشيء إن كان على جهة الحكم كان حكما، وإن لم يكن على جهة الحكم بأن كان في معرض الحكاية والإخبار عن الأمور لم يكن حكما أي أننا إذا شككنا في ذلك لم يكن حكما، لأن الأصل بقاؤه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء.

١٠- ومنها ما لو طلق الرجل زوجته وكانت ذات لبن وتزوجت بآخر بعد عدتها فحملت منه ثم أرضعت طفلا في مدة الحمل فإن لبنها لم يزل معتبرا من الزوج الأول فتثبت به حرمة الرضاع بالنسبة له، لأنه كان متيقنا أن اللبن منه، فلا نحكم بأنه من الثاني بمجرد الشك الحاصل بسبب حملها من الزوج الثاني، فإذا ولدت يحكم بأن للبن بعد الولادة من الثاني.

القواعد المندرجة تحت قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»:

١- قاعدة: «الأصل بقاء ما على ما كان»:

وقد عبر السيوطي عن هذه القاعدة فقال: «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه»[1].

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن ما وجد على حال في الزمان الماضي ثبوتا أو نفيًا يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره.

دليل القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بالاستصحاب. والاستصحاب معناه في اللغة: الملازمة

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٥١).

وعدم المفارقة. ومعناه في اصطلاح الفقهاء: يختلف تعريفه عند الأصوليين عنه عند الفقهاء. فهو عند الأصوليين أنواع نذكر منها:

١- استصحاب النص إلى أن يرد نسخ: أي أنه يعمل بالنص من كتاب أو سنة حتى يرد دليل ناسخ. وهذا متفق عليه بينهم.

٢- استصحاب العموم إلى أن يرد دليل تخصيص أي: العمل باللفظ العام حتى يرد المخصص فيقصر العام على بعض أفراده، وهذا أيضًا متفق عليه بينهم.

٣- استصحاب الحال: وهو ظن دوام الشيء بناء على ثبوت، وجوده قبل ذلك وهذا قريب من تعريف الفقهاء للاستصحاب، وقد اختلف الأصوليون في كونه حجة أو لا.

فذهب الأكثرون منهم مالك وأحمد والمزني والصيرفي وإمام الحرمين والغزالي وجماعة من أصحاب الشافعي إلى أنه حجة.

وذهب جمهور الحنفية وأبو الحسين البصري وأبو طالب من الحنابلة وجماعة من المتكلمين إلى أنه ليس بحجة[1].

وأما الاستصحاب عند الفقهاء: فهو لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، كالملك عند جريان العقد المملك، وكشغل ذمة المتلف عند وقوع الإتلاف، وذمة المديون عند مشاهدة استدانته.

وينقسم الاستصحاب عند الفقهاء إلى قسمين:

الأول: أن الشيء إذا كان على حال في الزمان الماضي فهو على حاله في المستقبل

(١) روضة الناظر وحاشية ابن عابدين (ص٣٨٩).

ما لم يوجد ما يغيره. وسمّاه بعضهم استصحاب الماضي للحال.

والثاني: أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها. وهذا يسمى الاستصحاب المعكوس. وسمّاه بعضهم استصحاب الحال للماضي، والقاعدة يشير معناها إلى النوع الأول.

فروع القاعدة:

يدخل في فروع هذه القاعدة: مسألة المفقود الذي انقطعت أخباره ولم يعلم موته ولا حياته، فهذا يحكم بحياته لأنه حين تغيبه كانت حياته محققة فما لم يقم دليل على موته حقيقة أو يحكم بموته عن طريق القضاء فهو حي حكما فليس لورثته اقتسام تركته ولا تؤخذ وديعته ولا تبين منه امرأته. وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمت بعد موته فأستحق في ميراثه وقال الورثة: بل أسلمت قبل موته فلا ميراث لها، فالقول قول الورثة عند بعضهم، ووجهه أن سبب الحرمان قائم في الحال وهو اختلاف الدين، فيثبت فيما مضى تحكيما للحال. ولهذا الحكم وجه آخر وهو أن إسلامها حادث والحادث يضاف إلى أقرب أوقاته وسيأتي بيان ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

حكم الاستصحاب:

الاستصحاب عند الحنفية يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق.

وهذا ما نص عليه الكرخي بقوله: الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجبه[1] وذلك كمسألة المفقود التي سبق ذكرها، فاستصحاب حياته يمنع تقسيم تركته

---

(١) أصول الكرخي (ص١١٠).

وبينونة امرأته ولكن لو مات شخص يرثه المفقود، فلا يستحق المفقود من إرثه شيئًا لعدم تحقق حياته عند موت مورثه. فاستصحاب حياة المفقود لم يصلح حجة لاستحقاق الإرث حال غيبته.

وأما عند الشافعية وبعض الحنفية: فاستصحاب الحال يصلح حجة للدفع والاستحقاق، وبناء عليه فالمفقود عندهم يرث ولا يورث، لأنه قبل فقده كان حيًا فيجب استصحاب حياته حتى يظهر خلاف ذلك[1].

والاستصحاب عند الحنابلة: حجة للدفع والاستحقاق أيضًا حيث يوقفون نصيب المفقود لحين ظهور حياته أو موته، فإن ظهر حيًا ورث وإلا رد المال لورثة مورث المفقود[2].

ومن أمثلة هذه القاعدة التي تندرج تحتها: أنه إذا تعاشر الزوجان مدة مديدة ثم ادعت الزوجة عدم الكسوة والنفقة فالقول قولها عند عدم بينة الزوج مع يمينها لأن الأصل بقاؤهما في ذمته كالمديون إذا ادعى دفع الدين وأنكر الدائن ومنها لو ادعت المطلقة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة صدقت ولها النفقة لأن الأصل بقاؤها.

ويستثنى من قاعدة الاستصحاب أن الأمين يصدق بيمينه في براءة ذمته، فلو ادعى المودع أنه أعاد الوديعة أو أنها تلفت في يده بلا تعد أو بلا تقصير، يقبل ادعاؤه

---

(١) تهذيب شرح النووي (ص١٨٢ - ١٨٤).

(٢) المقنع (٢/ ٤٤٤).

مع يمينه مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الأمين مكلفا بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودَع، والسبب في تصديقه بيمينه أن الأمين هنا يدعي براءة الذمة من الضمان وأما المودع فهو يدعي شغل ذمة الأمين وذلك خلاف الأصل، لأن الأصل براءة الذمة[1].

ومن ثم فإننا نرى أن كل استثناء من قاعدة يندرج تحت قاعدة أخرى.

٢- قاعدة: الأصل براءة الذمة:

لأن الذمم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق. والذمة في لغة العرب هي العهد. وأما الذمة اصطلاحا فهي: وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له أو عليه، ومنهم من جعلها ذاتا فعرفها بأنها: نفس لها عهد، فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه[2].

ومن المعلوم أنه عند تنازع الخصمين تتخالف مزاعمهما نفيًا وإثباتا فيحتاج في فصل الخصومة إلى مرجح يرجح به في مبدأ الأمر زعم أحدهما على زعم الآخر، ولدي تتبع المسائل والنظر في وجوه الترجيح الأولية وفي تقديم أحد المرجحات على الآخر إذا تعارضت بعد ذلك يظهر أن الترجيح في مبدأ الأمر يكون بأحد شيئين وهما الأصل الظاهر حتى يقوم دليل من المرجحات الثانوية على خلافه، فإذا كان الأصل شاهدا لجهة والظاهر لجهة يرجح زعم من يشهد له الظاهر، ثم إذا

---

(١) أصول الكرخي، الأصل الثاني عشر (ص٦١٢).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٠٥).

عارض الأصل أو الظاهر شيء من المرجحات الثانوية يقدم عليهما وهذا النوع الأول من الظاهر.

وأما النوع الثاني فإنه لا تقام بينة على خلافه لأن احتمال خلافه معدوم، وإذا علمنا ذلك ظهر أن القول الراجح هو قول من يتمسك ببراءة ذمته لأن الأصل يشهد له وهو عدم شغلها حتى يقوم دليل على خلافه[1].

ويتفرع على هذه القاعدة مسائل شتى من أبواب متنوعة كالبيع والإجارة والعارية والوديعة والضمانات والغصب والقرض والإقرار وغير ذلك فمثلًا لو أتلف إنسان مال آخر واختلفا في مقداره فإن القول للمتلف بيمينه لأنه ينكر ثبوت الزيادة في ذمته والأصل براءة الذمة والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة.

٣- قاعدة: «ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن ما كان ثابتا متيقنا لا يرتفع بمجرد طروء الشك عليه لأن الأمر اليقيني لا يعقل أن يزيل ما هو أضعف منه بل ما كان مثله أو أقوى، ولا فرق في هذا بين أن يكون اليقين السابق مقتضيًا للحظر أو مقتضيًا للإباحة، فإن العمدة والمعول عليه في كلتا الحالتين إلى أن الشك لا يزيل اليقين، ولا يلتفت إلى الشك في عروض المبيح على الأول، وعروض الحاظر على الثاني، فمن الأول ما لو غاب إنسان غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته فإن المعتبر اليقين السابق،

---

(١) المرجع السابق (ص١١٣).

وهو حياته إلى أن يعلم موته بالبينة أو بموت جميع أقرانه وإن كان احتمال موته قائما في كل لحظة، فلا يجوز قبل ذلك قسمة ماله بين الورثة، ولو كان له وديعة عند آخر فيجب على المودَع حفظها، فلو أعطاها للورثة يكون ضامنا.

ومن الثاني ما إذا كان إنسان يعلم أن بكرا مديون لعمرو بألف دولار فإنه يجوز له أن يشهد على بكر بالألف وإن خامره الشك في وفائها أو في إبراء الدائن له عنها، إذا لا عبرة للشك في جانب اليقين السابق[1].

ومن ذلك ما لو اشترى أحد شيئا ثم ادعى أن به عيبا وأراد رده واختلف التجار من أهل الخبر فقال بعضهم هو عيب وقال بعضهم ليس بعيب، فليس للمشتري الرد، لأن السلامة هي الأصل المتيقن فلا يثبت العيب بالشك[2].

ومنها: المتيقن للطهارة إذا شك في الحدث فهو متطهر عند الأئمة الثلاثة، أبي حنيفة والشافعي وأحمد وأما عند مالك فمن شك في الطهارة يجب عليه الوضوء بناء على قاعدة عنده تقول: الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط[3].

لكن ابن عبد البر رد هذا القول في كتاب التمهيد فقال: إن قول مالك: من شك في الحدث بعد يقينه فعليه الوضوء لم يتابعه على هذا القول أحد من أهل الفقه علمته إلا أصحابه ومن قلدهم في ذلك. وقد خالفه عبد الله بن نافع وأجمع العلماء

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٨٢).

(٢) جامع القصولين الفصل الخامس والعشرين (ص٣٤٦).

(٣) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك (ص١٩٢).

أن من أيقن الحدث وشك في الوضوء أن شكه لا يفيد فائدة، ومن الصور التي تدخل تحت هذه القاعدة: الحبل فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلا جازما على وجود الحمل ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة وإن كان يغلب على الظن لكل من رأي المرأة أنها حامل، فلو أوصى إنسان للحمل فلا تصح الوصية له ولا الوقف عليه إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف لكي يتيقن بوجوده وقتها، فلابد من الولادة لأقل من ستة أشهر حتى ولو كان الحمل قد شوهد بواسطة الأشعة وليس ذلك شكًا فيما أظهرته الأشعة بل لأنها إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن حينئذ بأن المولود هل هو الحمل الذي كان شوهد بالأشعة لجواز أن المشاهد يكون قد أجهض ثم حصل بعده حمل جديد.

٤- قاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الأمور العارضة أو الصفات التي تعرض وتزول يكون الأصل فيها العدم كما أن الصفات الأصلية يكون فيها الوجود حتى يقوم الدليل على خلافه[1].

وهذا معناه أن الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

الأول: الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئا وعارضا بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خاليًا عنها غالبًا، وهذه تسمى الصفات العارضة، والأصل فيها

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١١٧).

العدم، وهذه الصفات وغيرها من الأمور التي توجد بعد العدم تعم سائر العقود والأفعال.

وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضع هذه القاعدة.

والثاني: الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارنا لوجوده وهو يشتمل عليها بطبيعته غالبًا، فهذه الصفات تسمى الصفات الأصلية، والأصل فيها الوجود وذلك مثل البكارة في البنات وسلامة المبيع من العيوب، والصحة في العقود بعد افتقارها. ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت ما.

فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها، فلو اختلف العاقدان في سلامة المبيع من العيوب وعدم سلامته أو في صحة البيع مثلًا وفساده، فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصحة العقد لأنه يشهد له الأصل، بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان في صحة البيع وبطلانه فإن القول قول من يتمسك بالبطلان، لأن الباطل غير منعقد فهو ينكر وجود العقد والأصل عدمه، وهذا إذا لم يكن الظاهر يشهد لمدعي الصحة دون البطلان، فإذا كان الظاهر شاهدا له فالقول لمدعي الصحة لأن الظاهر شاهد له[1].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

المثال الأول: لو اختلف المضارب ورب المال في حصول الربح وعدمه فالقول

(١) من كتاب البيوع (ص١٠٢) الطبعة الحجرية سنة (١٢٧٦هـ).

للمضارب والبينة على رب المال لإثبات الربح لأن الأصل عدمه.

المثال الثاني: لو قال الوصي: لم أتجر في مال اليتيم، أو اتجرت فلم أربح أصلا، أو ما ربحت إلا كذا فالقول قوله، لأن الأصل عدمه.

المثال الثالث: لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع ولم يعلم هل دخل اللبن في حلقه أو لا؟ فإن النكاح لا يحرم، لأن الأصل عدم المانع الذي هو دخول اللبن من المحل المذكور.

المثال الرابع: لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض الثمن، أو بدل الإجارة فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك لأن الأصل عدمه.

المثال الخامس: لو اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار فالقول لمنكره لأنه صفة عارضة.

المثال السادس: لو دفع إنسان لآخر شيئا ثم أراد استرداده مدعيًا أنه دفعه له عارية وقال القابض: إنك كنت بعتني إياه أو وهبتني إياه فالقول للدافع في كونه عارية لأن الأصل عدم الهبة[1].

المثال السابع: لو قال رجل لامرأته: إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق ثم مضى اليوم فاختلفا فقال: دفعتها لك، وقالت: لم تدفعها لي، فالقول قول الزوجة ويترتب عليه وقوع الطلاق.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١١٨) وما بعدها.

بخلاف ما لو قال لها: إن لم أدخل الدار اليوم – مثلًا – فأنت طالق ثم اختلفا فقال: دخلت، وقالت: لم تدخل فإن القول قوله، وإن كان الأصل عدم الدخول، وذلك لأن الشرط المعلق عليه إذا كان مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن التعليق كوصول النفقة وعدمه فحينئذ ينظر إلى صورة التنازع فيكون القول قول منكره وهو هنا الزوجة، لأن الأصل عدم وصول النفقة إليها.

وأما إذا كان الشرط مما لا يصح التنازع فيه لذاته كدخول الدار وعدمه، فإنه لا ينظر فيه إلى صورة التنازع، لأنه غير ممكن، بل ينظر فيه إلى المقصود منه، وهو وقوع الطلاق أو عدمه ولما كان مقصود الزوج بدعواه الدخول إنكار وقوع الطلاق كان القول قوله، لأن الأصل عدم الوقوع.

ولكن إذا قام دليل على خلاف ذلك الأصل بأن كان الظاهر معارضًا له، فإن الأصل يترك ويترجح جهة الظاهر كما قالوا: في زوجة العنيين من أنها لو ادعت عليه عدم وصوله إليها وادعى هو الوصول وكانت بكرا حين العقد فإن الحاكم يريها حين الخصومة للنساء، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها وإن قلن إنها ثيب فالقول قوله في الوصول إليها مع أن الأصل عدم الوصول لأن ظهور ثيوبتها مؤيد لدعواه فترك به الأصل.

ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها:

١ – لو تصرف الزوج في غلات زوجته ثم ماتت فادعى أن تصرفه كان بإذنها وأنكر الورثة، فإن القول قوله بيمينه مع أن الأصل عدم الإذن.

٢– لو اختلف الزوجان في هبة المهر فقالت الزوجة: وهبته لك بشرط أن لا

تطلقني وقال الزوج: بغير شرط فالقول قولها مع أن الشرط من العوارض والأصل عدمه.

٣- لو جاء المضارب بمبلغ وقال: هو أصل وربح، وقال رب المال: كله أصل فالقول قول المضارب مع أن الأصل عدم الربح.

٤- لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضي لهم فادعى الأب أنه أنفق عليهم فالقول قوله مع اليمين مع أن الأصل عدم الإنفاق.

٥- قاعدة: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاتها:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر من الأمور فحينئذ ينسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ما لم تثبت نسبته إلى زمن بعيد، فإذا ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد، يحكم بذلك. وهذا إذا كان الحدوث متفقا عليه، وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه.

أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه كما لو كان في ملك أحد مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدوث والقدم، فادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه، فالقول لمدعي القدم، والبينة لمدعي الحدوث حتى إذا أقام كل منهما بينة رجحت بينة مدعي الحدوث وهو صاحب الدار[1].

---

(١) المادة: ١٧٨١ من المجلة العدلية نقلا عن شرح القواعد الفقهية (ص١٢٥).

والوجه في كون الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته هو أن الخصمين قد اتفقا على حدوثه وادعى أحدهما حدوثه في وقت وادعى الآخر حدوثه قبل ذلك الوقت، فقد اتفقا على أنه كان موجودا في الوقت الأقرب وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجودا قبل ذلك والآخر ينكر دعواه والقول للمنكر[١].

وهذه القاعدة مقيدة بأن لا يؤدي إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إلى نقض ما هو ثابت مقرر، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت.

وهذا ما سوف يتضح جليًّا عند ذكر مستثنى القاعدة، لأن معظم تلك المستثنيات إنها خرجت عنها لأن تطبيقاتها يستلزم نقض ما هو ثابت مقرر[٢].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة كثير من مسائل الطلاق والميراث والإقرار والهبة والبيع وفسخه والحجر والوكالة غيرها.

ومن ذلك أنه إذا طلق رجل زوجته طلاقا بائنا ثم مات قبل أن تنقضي عدتها، فادعت الزوجة أنه أبانها وهو في مرضه فصار بذلك فارّا فترث هي منه وقال الورثة: إنه أبانها وهو في حال صحته فلم يكن فارّا فلا ترث، فإن القول قول

---

(١) المرجع السابق نفسه (ص١٢٥).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص١٢٦).

الزوجة، والبينة على الورثة، لأن الزوجة تضيف الحادث إلى أقرب أوقاته من الحال وهو زمن المرض.

- ولو مات رجل مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت امرأته بعد موته مسلمة وقالت: أسلمت قبل موته فأنا وارثة منه، وقال الورثة: إنك أسلمت بعد موته فلا ترثين منه لاختلاف دينكما عند موته، فالقول للورثة والبينة على الزوجة.

- ولو أقر إنسان لأحد ورثته بعين أو دين ثم مات فاختلف المقَرُّ له مع الورثة فقال المقر له: أقر لي في صحته فالإقرار نافذ، وقال الورثة: أقر لك في مرضه فالإقرار غير نافذ، فإن القول للورثة والبينة على المقر له. وكذلك يكون الحكم فيما لو وهب إنسان شيئا لأحد ورثته ثم مات فاختلف الموهوب له وبقية الورثة على الكيفية المذكورة فالقول للورثة والبينة على الموهوب له[1].

- ولو اشترى إنسان شيئا بالخيار ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده على البائع قائلا: إنه فسخ قبل مضي مدة الخيار، وقال البائع: فسخت بعد مضي المدة فلا يصح فسخك فالقول قول البائع لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الحال.

- ومن ذلك ما لو اشترى إنسان شيئا ثم جاء ليرده بعيب فيه مدعيًا أنه كان موجودا فيه عند البائع، وقال البائع: لا بل حدث العيب عند المشتري بعد القبض وكان العيب مما يحدث مثله، فإن القول قول البائع والبينة على المشتري.

أما لو كان العيب مما لا يحدث مثله كالخيف في الفرس وهو أن تكون إحدى

---

(١) المادة ١٧٦٦ من مجلة الأحكام العدلية.

عينيه سوداء والأخرى زرقاء فإن البائع يلزم به.

ويستثنى فروع خرجت عن القاعدة ومنها:

ما لو ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها فيستحق كل الأجرة وقال المستأجر: هلكت قبل تمام المدة بكذا فالقول للمستأجر بيمينه وذلك لأن المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر من الأجرة.

وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلا فلو جعل القول في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر، وهو فراغ ذمة المستأجر، لأنه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقض ما هو ثابت كما قدمناه فالقول قول المستأجر، ولأن إضافة الحادث وهو الهلاك هنا إلى أقرب الأوقات من قبيل الظاهر والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق.

ومنها ما لو اشترى إنسان شيئا ثم جاء ليرده على البائع بعيب فيه بعد أن كان استعمله استعمالا يفيد الرضا به معيبا، فقال البائع له: إنك استعملته بعد اطلاعك على العيب فسقط حقك في الرد وقال المشتري: إنما استعملته قبل الاطلاع على العيب فالقول للمشتري بيمينه فقد قال في رد المحتار في كتاب البيوع في باب خيار العيب قبيل قول المتن: استحق بعض المبيع لو أراد المشتري الرد ولم يدع البائع عليه مسقطا للرد لم يحلف المشتري.

وهذا يعني أنه لو ادعى عليه البائع مسقطا فالقول قوله بيمينه. ووجه كون القول للمشتري في أن استعماله للمبيع كان قبل الاطلاع على العيب لا بعده لأن خيار العيب في الصورة المذكورة قد ثبت للمشتري حين الشراء لا محالة، فيتقرر بقاؤه إلى أن يوجد المسقط يقينا لأن ما ثبت بزمان فالأصل بقاؤه حتى يقوم الدليل على خلافه فدعوى البائع سقوط الخيار الثابت للمشتري يكون على خلاف الأصل المتقرر فلو حكمنا بأن القول قوله بناء على إضافة الحادث لأقرب أوقاته يلزم منه نقض ذلك الأمر الثابت الذي لم نتيقن بإزالته.

فلذلك كان القول للمشتري في بقاء خياره ولا يقضي له القاضي بالرد بالعيب إلا بعد أن يحلفه أنه لم يرض بالعيب قولا أو دلالة، وإن لم يدع عليه البائع أنه رضي به ولم يطلب تحليفه[1].

ويظهر من هذه الفروع أن إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته في هذه القاعدة مقيد بما إذا لم تتعارض مع قاعدة: الأصل براءة الذمة وقاعدة: الأصل بقاء ما كان على ما كان فإن كان تعارض فإنه يترك العمل بقاعدة: إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ويعمل بهاتين القاعدتين دونها لأنهما أقوى.

٦- قاعدة: الأصل في الأشياء الإباحة:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن ما كان من معاملات الناس نافعا وطيبا فهو على الحل

(١) راجع: المجلة العدلية المادة: ١٧٤٦.

والإباحة إلا ما ورد فيه نص صحيح صريح من الشارع بتحريمه.

فمدلول هذه القاعدة يدخل فيما لم يرد فيه نص وذلك لأن ما ورد بشأنه دليل شرعي لا يرجع فيه إلى قاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة وإنما يرجع إلى الدليل الشرعي الذي ثبتت به الإباحة إما نصا على التخيير أو رفعا للحرج بأي أسلوب من الأساليب الدالة على الإباحة، وتطلق الإباحة على رفع الحرج عن الفعل أو الترك سواء أصرح الشارع بذلك أم لم يرد فيه عنه شيء[1]. مما هو داخل فيما يسمى بمرتبة العفو عند بعض الأصوليين[2]. فتعميم الإباحة وجعلها أصلا في الأشياء لا تكون إلا في المنافع.

وأما المضار فلا نعلم أحدا من العلماء قال: بأن المضار أصل في الإباحة لأن المضار ليست مسكوتا عنها بل هي منفية من الشرع مطلقا.

ولا يمكن أن يمتد العمل بهذه القاعدة في المضار والمفاسد فيكون الأصل فيها الإباحة فذلك هو المنهج الصحيح والفهم المستقيم الذي يتلاءم مع روح الشريعة وما جاءت به في رفع الحرج الثابت بالأدلة القاطعة والنصوص التي تنفي نفيًا باتا أن يكون الأصل في الأشياء الحظر والتحريم.

الأدلة على حجية هذه القاعدة:

قامت الأدلة على حجية هذه القاعدة من الكتاب والسنة والمعقول:

١ - الأدلة من الكتاب كثيرة منها:

---

(١) أصول الفقه للشيخ الخضري (ص٥٢-٥٣).

(٢) الموافقات (١/ ١٠٧).

قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [سورة البقرة: آية ٢٩]، ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى أخبر بأن جميع المخلوقات الأرضية للعباد، لأن ﴿مَّا﴾ موضوعة للعموم، واللام في ﴿لَكُم﴾ تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين أي أن ذلك مختص بكم، فيلزم منه أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات مأذونا فيه شرعا وهو المُدَّعى أي: المراد إثباته[(١)].

وقال ابن السبكي في توجيه الآية: «إنه تعالى ذكر ذلك في معرض الامتنان، ولا يمتن إلا بالجائز»[(٢)] وإذا كانت ﴿مَّا﴾ في الآية موضوعة للعموم فيكون الانتفاع بالأرض وما فيها كما قال الأسنوي[(٣)].

٢- الأدلة من السنة:

أما الأدلة من السنة على قاعدة أن الأصل في المنافع الإباحة فهي كثيرة أيضًا نختار منها: ما أخرجه البخاري ومسلم وأحمد من حديث سعد ابن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ: «**إن أعظم المسلمين في المسلمين جرما من سأل عن شيء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته**»[(٤)].

---

(١) راجع حاشية الشيخ بخيت على شرح الأسنوي (٤/ ٢٥٤). ونظرية الضرورة لوهبة الزحيلي (ص٢٩).

(٢) جمع الجوامع (٤/ ٣٥٤).

(٣) المرجع السابق (٤/ ٣٥٤).

(٤) راجع نيل الأوطار للشوكاني (٨/ ١١٠- ١١٣)، وهو حديث متفق عليه.

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ نبه على أن التحريم مرتبط بالمسألة ومن أجل ذلك نهي الشارع الحكيم عن ذلك ومنع منه بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسْـَٔلُواْ عَنْ أَشْيَآءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ وَإِن تَسْـَٔلُواْ عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ ٱلْقُرْءَانُ تُبْدَ لَكُمْ عَفَا ٱللَّهُ عَنْهَا وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿١٠١﴾﴾ [سورة المائدة: آية ١٠١]، فدل هذا على أن التحريم لا يكون إلا بنص، وأن ما لم ينص على تحريمه فهو باق على الإباحة، لأن قوله تعالى: ﴿عَفَا ٱللَّهُ عَنْهَا﴾ صريح بأن ما سألوا عنه كان معفوا عنه قبل ذلك وليس كل سؤال مذموم، فهناك من الأسئلة ما هو مطلوب ومرغوب كما قال تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾﴾

[سورة النحل: آية ٤٣].

ومن ذلك الأسئلة التي سألها الصحابة عن الأنفال والكلالة وغيرها، وإنما المذموم من الأسئلة ما كان على الأغاليط وما فيه تعنت وتكلف وليس فيه مصلحة المسلمين[1].

ومن أجل ذلك فقد حذر النبي ﷺ أصحابه أن يسبقوا بالسؤال عن شيء لم ينزل حكمه بعد حتى يحرم عليهم فيقعوا في محذور الإثم كما حدث لمن قبلهم من الأمم، لما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «**ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**»[2].

---

(١) نيل الأوطار (٨/ ١١١). والموافقات (١/ ١٠٨).

(٢) نيل الأوطار (٨/ ١٢٠).

وبهذا المنهج التزم الصحابة والتابعون ومن بعدهم لأنهم فهموا أن المسكوت عنه مما عفا الله عنه وأحله لعباده.

فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: ما لم يذكر في القرآن فهو مما عفا الله عنه وكان إذا سئل عن شيء لم يحرم فيقول: عفو، وقيل له ما تقول في أموال أهل الذمة فقال: العفو. يعني بذلك أن أموالهم لا زكاة فيها.

وقال عبيد بن عمير: أحل الله حلالا وحرم حراما فما أحل فهو حلال وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو»[1].

٣- من الأدلة العقلية على أن الأصل في المنافع الإباحة:

أن الله تعالى إما أن يكون قد خلق الأشياء لحكمة، أو لغير حكمة، والثاني باطل، لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْنَا ٱلسَّمَآءَ وَٱلْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَـٰعِبِينَ ﴿١٦﴾﴾ [سورة الأنبياء: آية ١٦]، وقوله سبحانه: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَـٰكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ ﴿١١٥﴾﴾ [سورة المؤمنون: آية ١١٥]، والعبث واللعب على الله لا يجوز، بل هو محال في حقه سبحانه، وإذا انتفى ذلك ثبت أن الخلق كان لحكمة وهي: الانتفاع والانتفاع هذا إما أن يعود إلى نفع الله سبحانه أو إلينا، والأول باطل، لاستحالة الانتفاع على الله عز وجل، فثبت أنه إنما خلقها لينتفع بها المحتاجون إليها.

وإذا ثبت هذا كان نفع المحتاج مطلوب الحصول ولا يمنع منه إلا إذا ثبت ضرر من ذلك وحينئذ يكون خارجا عن المقام فثبت أن الأصل في المنافع

(١) الموافقات للشاطبي (١/ ١٠٧-١٠٨).

الإباحة[1]. وبهذا يكون الحكم بحل الأشياء غير المنصوص على حكمها هو المتفق مع سنن الفطرة والطبيعة[2].

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه فالأصل فيها العفو وعدم الحظر فلا يحظر منها إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى وبعد أن ذكر شيئًا من الأدلة قال: هذه قاعدة عظيمة نافعة.

وعليه فإن البيع والهبة والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل والشرب واللبس فالناس فيها يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة وإن كان بعض ذلك قد يستحب أو يكون مكروها وما لم تحد الشريعة حدا فيبقى حكمه على الإطلاق الأصلي[3].

وأن المعتبر في ذلك مصالح العباد والإذن دائر معها أينما دارت حسبما هو مبين في مسالك العلل والمقصود من ذلك أن تعامل الناس فيما بينهم وما يبرمونه من عقود وعهود هم فيه على أصل الإباحة، ولهم الحرية في ذلك، ويلزمهم الوفاء بما تعاقدوا عليه غير ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع أو يوضع فيها من الشروط ما ليس في كتاب الله أو سنة رسوله عليه السلام. ومعاملات

---

(١) إرشاد الفحول للشوكاني (ص٢٨٥).

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني (ص٢٨٥). وانظر: نظرية الضرورة (ص٣١).

(٣) القواعد النورانية (ص١١٢-١١٣). بتصرف يسير مع الحذف.

الناس فيما بينهم داخلة في باب العادات فهي على أصل الإباحة.

وإذا كان الأصل في المنافع الإباحة، فإن المقصود هنا هي ما كانت منافع حقيقية خالصة من شائبة المضار، إذ أن ذلك لا وجود له إلا في المنافع الأخروية، ولا أن المقصود منها هو مجرد تحقيق منفعة ما، ولو كانت معارضة بمفسدة أشد منها.

وهذا الكلام يثير مسألة نسبية المنافع وتعارضها وهذا أمر مسلم. ولكن عند تعارض المنفعة والمفسدة في الشيء الواحد، فإنه يقدم الجانب الراجح كما قرر الشاطبي ذلك. فإن المنافع لا تخلو من أضرار وبالعكس فكان لابد من تقديم الراجح منهما حتى لا يجتمع الإذن والنهي على الشيء الواحد، إذ كيف يقال: إن الأصل في الخمر مثلًا الإذن من حيث منفعة الانتشاء والتشجيع وطرد الهموم والأصل فيها أيضًا المنع من حيث مضرة سلب العقل والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهما لا ينفكان.

ولكن هل يوجد تعارض بين هذه القاعدة والمصالح المرسلة؟ قد يبدو في الظاهر وجود تعارض بينهما، وذلك لأن المصلحة المسكوت عنها إذا لم يعتبرها الشارع ولو في أجناسها فليست من المصالح المرسلة بل هي ملغاة لأنه يشترط أن تكون المصلحة من المصالح الملائمة وإلا كانت ملغاة، فكيف يقال: إن الأصل في المنافع الإباحة؟ ويمكن دفع ذلك الاعتراض بالقول: بأن المراد من المنافع المسكوت عنها هنا ما كانت معتبرة من الشارع بما هو أبعد من الأجناس التي تعتبر

فيها المصالح المرسلة وبما هو خارج عن نطاقها وشامل ميدان المنافع التحسينية أيضا، وبناء على ذلك، فإن العمل بهذه القاعدة يكون متمما للعمل بالمصلحة المرسلة وشامل لكل ما تضمن منفعة ولو بوجه ما، إذا لم يوجد لها معارض.

ولكن هذه القاعدة لا ترقى إلى قوة المصلحة المرسلة ولهذا فلا تصح معارضة الأدلة والقواعد الشرعية بها.

وعلى هذا فإن قول القرافي في شأن هذه القاعدة: وقد تعظم المنفعة فيصاحبها الندب أو الوجوب فيقع الإذن[1] بعيد، لأن ما نحن بصدده لا يرقى إلى هذه المرتبة، وما يبلغ هذه المرتبة يدخل في باب المصالح المرسلة إذ هي التي تتصف بهذه الأحكام، إذ أنه لا يوجد فيها ذكره أصحاب الفروع الفقهية ما هو مندوب أو واجب كالحيوان المشكل أمره والنبات المجهولة سميته، وكالزرافة والحمام الداخل في البرج مما لم يعلم أنه مملوك أو مباح[2].

ونتائج هذه القاعدة يمكن بيانها فيما يلي:

١ - أن المسكوت عنه في الشريعة مباح حلال سواء أكان من الأشياء والأعيان أم من الأفعال والتصرفات المدنية أو المعاملات والعادات، فالأصل فيها عدم التحريم لأن قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [سورة الأنعام: آية ١١٩]، عام في كل شيء.

---

(١) الذخيرة (١/ ١٤٨).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٦٦)، والأشباه والنظائر للسيوطي (ص٦٦-٦٧).

أما العبادات فلها صفة دينية محضة لا يشرع فيها شيء إلا بما شرعه الحق تبارك وتعالى.

ومن هنا قرر **فقهاؤنا الأفذاذ هذه القاعدة**: «لا تشرع عبادة إلا بشرع الله ولا تترك عادة إلا بتحريم الله، والعادات كل ما اعتاده الناس في حياتهم مما يحتاجون إليه، وهو يشمل كل عقود البيع والإجارة والهبة والشركة ونحوها»[1].

٢- أن القاعدة أطلقت حكم الإباحة في المنافع التي ليس فيها نص بشأنها أو شأن ما هو قريب منها ومشابه لها لتقاس عليها وعدم منع المكلف من هذه المنافع فيه تيسير وتخفيف.

٣- أن الشريعة قد وضعت بهذه القاعدة حدا لحيرة المكلف وتردده في الإقدام على ما تحققت فيه صفة المنفعة ولم يرد بشأنه ما يمنعه ورفع الحيرة عنه واطمئنان قلبه إلى أن ما سيفعله مباح شرعا ولا إثم فيه وهذا تيسير من الله لعباده لا شك فيه.

ومن هنا ضاقت دائرة الحرام في شريعة الإسلام ضيقا شديدا واتسعت دائرة الحلال اتساعا بالغا حيث لا تحريم إلا بنص وما لم يجئ بإباحته أو حرمته فهو باق على أصل الإباحة وفي دائرة العفو الإلهي.

وقد أنكر الله على من حرم ما أحل الله، أو أحل ما حرم بمجرد الأهواء والآراء التي لا مستند لها ولا دليل عليها ثم توعد على ذلك يوم القيامة فقال تعالى:

---

(١) راجع: نظرية الضرورة (ص٣٢).

﴿وَمَا ظَنُّ ٱلَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾ أي: ما ظنهم أن يصنع بهم يوم مرجعهم إلينا يوم القيامة ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَذُو فَضْلٍ عَلَى ٱلنَّاسِ﴾ فيما أباح لهم مما خلقه من المنافع في الدنيا ولم يحرم عليهم إلا ما هو ضار لهم في دنياهم أو دينهم ﴿وَلَـٰكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَشْكُرُونَ ﴿٦٠﴾﴾ بل يحرمون ما أنعم الله به عليهم ويضيقون على أنفسهم فيجعلون بعضا حلالا وبعضا حراما[1].

وعلى ذلك جرت الفتيا على أن كل من حرم على نفسه شيئا مما لم يحرمه الله فليس له ذلك التحريم بشيء لأن الذي يحل ويحرم هو الله تعالى، فليأكل إن كان مأكولا، وليشرب إن كان مشروبا، وليلبس إن كان ملبوسا، وليملك إن كان مملوكا وكأنه إجماع من العلماء نقلوه عن مالك وأبي حنيفة والشافعي وغيرهم[2].

وذلك كله لاستنادهم إلى هذه القاعدة لأن ما سكت عنه الشارع مرده إلى رحمة الله بعباده فإن المسكوت عنه لم يكن عن نسيان، لأن الله تعالى لا ينسى شيئا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا، وإنما تركه رحمة بالناس وتيسيرا عليهم. يؤيد ذلك ما روي عن أبي الدرداء مرفوعا إلى رسول الله ﷺ: «**ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن ينسى شيئا**»، وتلا قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴿٦٤﴾﴾[3].

---

(١) تفسير ابن كثير (٢/ ٤٢١).

(٢) الاعتصام للإمام الشاطبي (١/ ٣٢٤-٣٢٦).

(٣) نيل الأوطار (٨/ ١٢١).

فكل ما يستجد من أنواع التجارات حسب تطور أحوال الناس وأعرافهم مادام قد جمعت التجارة والمعاملة الرضا المعتبر والصدق والعدل فقد أباحها الله عز وجل بما اشتملت عليه من شروط ووثائق ولكن هذا التراضي لا يجعل المنصوص على تحريمه مباحا من المعاملات الربوية والأعيان المحرمة من خمر وغيره وما فيه جهالة وغرر.

والقاعدة التي استقر العمل بها في دين الله أن ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام. ومن ثم يغلق الإسلام كل الطرق المؤدية إلى أورام الثراء الخبيث في التجارة والمعاملات ويوجب على الفرد أن يلتزم التزاما دقيقا بأن يتبين أن كسبه حلال.

٧- قاعدة: الأصل في الأبضاع التحريم:

معنى القاعدة:

معنى القاعدة: أنه إذا تعارض في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة عملا بالأصل. ولهذا لا يجوز التحري في الفروج، لأن الأصل هو الحظر وإنما أبيح النكاح للضرورة[1] والضرورة لا يتوسع فيها.

دليل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بحديث أورده جماعة بلفظ: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال» لكن قال الحافظ أبو الفضل العراقي: لا أصل له.

وقال السبكي في الأشباه والنظائر نقلا عن البيهقي: هو حديث رواه جابر

(١) بتصرف من الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٦٧). الثاني مؤسسة الحلب (١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧م)

الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود وهو منقطع، قلت: وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع ثم قال السبكي: غير أن القاعدة في نفسها صحيحة[١].

ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات، لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه، وإنما جاز النكاح في صورة غير المحصورات رخصة من الله تعالى كما صرح به الخطابي لئلا ينسد باب النكاح عليه[٢].

فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطي فروعًا كثيرة لهذه القاعدة نذكر منها:

١- أنه لو اشتبهت إحدى محارمه بأجنبيات وأراد الزواج منهن مع وجود الاشتباه فننظر هل هن محصورات أو لا؟ فإن كن محصورات حرم الزواج منهن لأن الوقوع في الزواج بالمحرم ممكن وقوي وذلك يقتضي تحريم النكاح.

وأما إذا كان الاشتباه في غير المحصورات فإن له أن يتزوج لأنه يندر أن يقع في المحرم[٣].

والمحرم من النساء: هي التي لا يحل له أن يتزوجها لسبب من أسباب المحرمية

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١١٧). والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٠٩).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٦٧).

(٣) إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي (٥/ ٨٢٩).

سواء كان التحريم مؤبدا أو مؤقتا، ولكل من هذين النوعين أسباب تقتضيه.

فأما الأسباب التي تقتضي تأبيد حرمة التزوج بالنساء فثلاثة وهي: القرابة والمصاهرة والرضاع.

وأما الأسباب التي تقتضي حرمة بعض النساء حرمة مؤقتة بوجود المانع فهي خمسة وهي: كون الزواج بالمرأة مؤديا إلى الجمع بين محرمين، وتعلق حق الغير على المرأة التي يريد العقد عليها، وتطليق الرجل المرأة التي يريد العقد عليها طلقة ثالثة، وكون الرجل متزوجا بأربع حرائر غير الزوجة التي يريد العقد عليها، وكون المرأة غير متدينة بدين سماوي[1].

٢- ومن صور اجتماع المحرِّم والمحلل: رجل له زوجات، وقال: إحداكن طالق، فكل واحدة منهن تعتبر طالقا فلا يحل وطء واحدة منهن، لأن كل واحدة منهن اجتمع فيها محلل ومحرم فيغلب المحرم على المحلل، لما روى ابن عمر قال: أسلم غيلان الثقفي وتحته عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعا[2].

فإن كل واحدة قبل التعيين تحتمل الإمساك وعدمه، فالوطء حرام قبل التعيين، وإن امتنع عن التعيين رفع الأمر إلى القاضي فيلزمه القاضي بالتعيين، وكذا في مسألة الطلاق.

---

(١) أحكام عقد الزواج في الفقه الإسلامي للمؤلف (ص١٤٦).

(٢) رواه أحمد وابن ماجة والترمذي، يراجع: نيل الأوطار (٦/ ١٨٠).

ويستثنى من القاعدة مسائل منها:

١- لو اختلطت امرأة محرَّمة بنسوة قرية كبيرة فله النكاح منهن لأنه يندر أن يقع في المحرم فكان له أن يتزوج من تلك القرية[1].

٢- وخرج من القاعدة مسألة في فتاوى قاضي خان وهي: صبية أرضعها قوم كثير من أهل القرية، أقلهم أو أكثرهم لا يدري من أرضعها وأراد واحد من أهل تلك القرية أن يتزوجها. قال أبو القاسم الصفار: إذا لم تظهر له علامة ولا يشهد أحد له بذلك يجوز له نكاحها وهذا من باب الرخصة كيلا ينسد باب النكاح[2].

قال ابن نجيم: ثم اعلم **أن** هذه القاعدة إنما هي فيما إذا كان في المرأة سبب محقق للحرمة فلو **كان** في الحرمة شك لم يعتبر.

ولذلك قالوا: لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم طفلة ووقع الشك في وصول اللبن إلى جوفها لم تحرم لأن في المانع شكا ثم قال: فلو أن امرأة كانت تعطي ثديها صبية واشتهر ذلك فيما بينهم ثم قالت: لم يكن في ثدي لبن حين ألقمتها ثديي ولم يعلم ذلك إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية. ومثلها صغير وصغيرة بينهما شبهة الرضاع ولا يعلم ذلك حقيقة فإنه لا بأس بالنكاح بينهما.

هذا إذا لم يخبر بذلك أحد، فإن أخبر به عدل ثقة يؤخذ بقوله ولا يجوز النكاح بينهما وإن كان الخبر بعد النكاح وهما كبيران فالأحوط أن يفرق بينهما[3] ثم إن

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٦٧).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٦٧).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٦٧-٦٨).

البضع وإن كان الأصل فيه الحظر يقبل في حله خبر الواحد[١].

٨- قاعدة: «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه إذا ثبت في زمان ملك الشيء لأحد فإنه يحكم ببقاء الملك على صاحبه في الزمن الماضي ما لم يوجد ما يزيله، سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه[٢].

وهذه المسألة قائمة على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يدعي ملكا خاليًا عن الإسناد إلى الماضي بأن يقول: إن العين التي بيد المدعى عليه هي ملكي سواء بين سببا للملك أو لا، ويشهد الشهود له بالملك أو يقولوا: إنها كانت ملكه أي في صورة ما إذا أطلق المدعي الملك أو يقولوا: إنها كانت ملكه بالسبب الذي ادعاه أي في صورة ما إذا بين المدعي سببا للملك[٣].

الثاني: أن يدعي ملكا ماضيًا فيقول: إنها كانت ملكي ويشهد الشهود بالملك المطلق كذلك وهو عكس الأول.

والثالث: أن يدعي ملكا ماضيًا ويشهد الشهود بالماضي أيضًا ففي الصورة الأولى: تصح الدعوى من المدعي وتقبل من الشهود فيحكم للمدعي بالملك، لأنه

(١) المرجع السابق (ص٦٨).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٢١).

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٢٤).

لما ثبت ملكه في الزمان الماضي فالأصل أن يحكم ببقائه حيث لم يقم دليل على خلافه إلى أن يوجد ما يزيله، كأن يقيم المدعي عليه بينة على الشراء منه على سبيل المثال.

وأما في الصورة الثانية والثالثة فإن دعوى المدعي غير صحيحة، وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضا، لأن إسناد المدعي ملكه إلى الماضي يدل على نفي الملك في الحال إذ لا فائدة للمدعي في إسناده مع قيام ملكه في الحال بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي، لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال لأنهما قد لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب.

وفي الصورة الأولى المقبولة لو سأل القاضي الشاهدين: هل تعلمان ملكه للحال؟ لا يجبران على الجواب لكن لو أجاباه بقولهما: لا نعلم قيام الملك للحال ترد شهادتهما، لأنهما لما صرحا بجهلهما قيام الملك للحال لم يبق إمكان للحمل على أنهما يعرفان بقاء الملك بالاستصحاب فلم تعد شهادتهما صالحة لأن يحكم بها في ذلك[1].

ومثل الشهادة بملك العين في جميع الصور المتقدمة الشهادة بالدين، فلو ادعى إنسان دينا في ذمة حي وأقام بينة شهدت له أنه كان له عليه هذا المبلغ المدعى به تقبل الشهادة ويحكم به[2] وكان من المقرر أن قبول الحاكم البينة وإلزام الخصم بما قامت عليه في الصورتين إنما هو عمل بالاستصحاب وهو عمل بالظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق والحكم بهذه الشهادة حكم بالاستحقاق لا

---

(١) المجلة العدلية المادة: ١٦٩٥.

(٢) المجلة العدلية المادة: ١٦٩٤.

بالدفع فينبغي أن لا تقبل، لكن أجيب بأن في رد مثل هذه البينات حرجا، فتقبل دفعا للحرج[(١)].

قال القرافي: اعلم أن قول العلماء إن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ليس على ظاهره فإن ظاهره يقتضي أنه لا يجوز أن يؤدي الشاهد إلا ما هو قاطع به، وليس كذلك، بل حالة الأداء دائما عند الشاهد الظن الضعيف في كثير من الصور، بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علما فقط فلو شهد بقضاء الدين جاز أن يكون الذي عليه الدين قد دفعه فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذي لا يفيد إلا الظن الضعيف.

وكذلك الثمن في البيع يشهد به مع احتمال دفعه، ويشهد في الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه بعد أن ورثه، ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة مع جواز الإقالة بعد ذلك بناء على الاستصحاب والمحقق في هذه الصور كلها وشبهها إنما هو الظن الضعيف، ولا يكاد يوجد ما يبقي فيه العلم إلا القليل من الصور[(٢)] وهو كلام وجيه جدا.

٩- قاعدة: لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة، أنه لا عبرة أي لا يعتد بالدلالة اللفظية في مقابلة

---

(١) يراجع: شرح القواعد الفقهية (ص١٢٢-١٢٣).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص١٢٣).

التصريح لأنها دونه في الإفادة وهو فوقها، وتكون الدلالة بفتح الدال في المعقولات وهي بكسرها في المحسوسات.

والدلالة: كون الشيء بحال يفيد الغير علما[(١)] ومثال ذلك: دلالة ضحك البكر بلا استهزاء عندما بلغها تزويج الولي فإنه يعتبر إجازة لكن إذا وجد قبله أو معه تصريح بالرد تلغي تلك الدلالة.

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة ومنها:

أنه يستدل على مصارف الوقف بتعامل الناس السابقين. ولكن إذا وجد في كتاب الوقف الموقوف به فلا عبرة بتعامل الناس على خلافه. ومنها: ما إذا باع عقارا بيعا صحيحا شرعيا، ثم ادعى أن البيع كان وفاء وقال المشتري إنه بات قطعي، فإنه ينظر: فإن كان هناك دلالة على الوفاء ككون الثمن دون ثمن المثل بغبن فاحش تسمع دعوى الوفاء من البائع ويكون القول قوله، ولكن إذا وجد التصريح بالبتات فلا يعمل بتلك الدلالة ولا تسمع دعوى الوفاء حينئذ[(٢)].

ومنها: ما إذا قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بمشهد من البائع ولم ينهه صح القبض وسقط حق حبس الثمن بدلالة السكوت على الإذن ولا يملك استرداده عنه بل يطالبه بالثمن فقط، أما لو وجد صريح النهي فلا يسقط حبس المبيع وله أن

---

(١) المرجع السابق (ص١٤١).

(٢) المجلة العدلية المادة: ١٦٥٨.

يسترده منه ويحبسه بالثمن، كما يستفاد من المحل المذكور.

وكذلك لو قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب ولم ينهه صح قبضه وتمت الهبة ولا يملك الاسترداد منه بدون قضاء أو رضاء ومفهومه أنه لو نهاه صريحا لم يصح قبضه فله استرداده منه[1] ومنها: ما لو زوج الأب ابنه الصغير وضمن عنه المهر ثم دفعه عنه أو كان دفعه بلا ضمان فإنه لا يرجع على الصغير إلا إذا أشهد عند الضمان أو عند الدفع أنه يدفع ليرجع وعللوه بأن عدم الرجوع إنما هو لجريان العادة بأن يتحمل الأب مهر ابنه الصغير بلا طمع في الرجوع فيكون متبرعا دلالة، ولكن إذا شرط الرجوع صريحا تنتفي تلك الدلالة؛ لأن الصريح يفوقها.

ومنها: ما لو عقد على أختين متعاقبا ونسي الأول ثم دخل على إحداهما اعتبر دخوله بها بيانا لكونها هي السابق نكاحها، فإذا صرح بعد دخوله بها أن تلك الأخرى هي السابق نكاحها يعتبر تصريحه بذلك، إذ الدلالة لا تعارض التصريح.

ومنها: ما لو تنازع رجلان في امرأة فكل منهما يدعي أنها زوجته، وأقاما بينتين على ذلك ولم يبينا تاريخا للنكاح فإنه ينظر:

فإن لم يكن دخل بها أو نقلها إلى منزله أحدهما ترد البينتان، لعدم إمكان الاشتراك في النكاح ويحكم بنكاحها لمن تصدقه هي منهما وإن كانت في بيت أحدهما أو كان دخل بها ترجح بينته ولا يلتفت إلى تصديقها لخصمه الآخر، لأن تمكنه من نقلها أو الدخول بها هو دلالة على سبق عقده إلا إذا برهن الآخر على أنه تزوجها

---

(١) المجلة العدلية المادة: ٥٧.

قبله فيكون حينئذ هو أولى بها لأن التصريح يفوق الدلالة.

وهذا ليس على إطلاقه، فالتصريح إنما يقدم ويكون معتبرا إذا لم يأت بعد أن تعمل الدلالة عملها، فإذا عملت عملها فإن الدلالة تعتبر دون التصريح ومثال ذلك: أن القيام من مجلس العقد دليل الرجوع فيبطل الإيجاب بقيام أيهما عن المجلس قبل القبول فلو قال بعد القيام قبلت فقد وجد التصريح ولكنه لم يعتبر لأنه إنما وجد بعد الدلالة وبعد أن عملت عملها ولذلك لم يعارضها.

وقد تكون الدلالة في بعض الأوقات أقوى من الصريح ويثبت بها ما لا يثبت به وذلك في مسالة واحدة وهي ما نصوا عليه أن الحاكم ليس له أن يستنيب آخر عنه إلا إذا كان مفوضا له بالاستنابة صريحا كولّ من شئت ونحوه، أو كان مفوضاً له دلالة كجعلناك قاضي القضاة فإذا كان التفويض له صريحا بما ذكر فإنه يملك الاستنابة ولا يملك عزل النائب.

أما إذا كان التفويض دلالة فإنه يملك الاستنابة والعزل فقد عملت الدلالة هنا ما لا يعمل الصريح ويثبت بها ما لم يثبت به.

ويستثنى من قاعدة: **«لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح»** مسائل:

منها: ما لو اشتري شيئا ثم اطلع على عيب فيه فاستعمله استعمالا يدل على الرضا بالعيب ولكنه صرح بعدم الرضا به فإنه يلزمه المبيع ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا.

ومنها: ما لو بنى المتولي أو غرس في عقار الوقف ولم يشهد أنه لنفسه ثم اختلف

مع المستحقين فقال: فعلته لنفسي وقالوا: بل للوقف فالقول قولهم ترجيحا للدلالة بكونه متوليا، وبناؤه وغرسه لنفسه غير جائز ويعد خيانة منه، والأصل عدمه فلا يقبل تصريحه بأنه فعل نفسه.

ومنها: ما لو اشترى إنسان حيوانا ثم قال لمن يساومه عليه: اشتره بلا عيب به ولم يتفق بينهما البيع ثم وجد به عيبا، فله رده على بائعه ولا يمنعه إقراره السابق لمن ساومه بأنه لا عيب فيه لأن كلامه ذلك مجاز عن الترويج لظهور أنه لا يخلو عن عيب فيتيقن بأن ظاهر إقراره غير وارد إلا إذا كان عيّن نوع العيب فقال: لا شلل به أو لا عور مثلا، فإنه لا يرده بعد ذلك بهذا العيب الذي نفاه لأنه يحيط العلم به فيعتبر إقراره ويحكم بأن هذا العيب حدث عنده بعد إقراره بعده[1].

١٠- قاعدة: لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه لا ينسب إلى ساكت قادر على التكلم أنه قال كذا لكن السكوت من القادر على التكلم فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان. وهذا ما سوف يتضح من خلال عرض المسائل والفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة وبيانها كالآتي:

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة جملة من المسائل وهي: ما لو رأى أجنبيًا يبيع ماله

(١) يراجع: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا (ص١٤١) وما بعدها.

فسكت لا يكون سكوته إجازة بخلاف ما لو قبضه المشتري بعد ذلك بحضرته وهو ساكت، فإنه يكون إجازة.

ومنها: ما لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشتري فسكت فإن سكوته لا يكون إذنا بالتجارة ولو لم يكن لهما ولي. ومنها: ما لو رأى غيره يتلف ماله فسكت فإن سكوته لا يكون إذنا.

ومنها: ما لو تزوجت المرأة غير كفء فسكت وليها عن طلب التفريق لا يكون سكوته رضا على ظاهر المذهب الحنفي ما لم تلد، فإذا ولدت فليس للولي التفريق حفظا للولد عن التشتيت من الزوج ولكن روي الحسن عن أبي حنيفة أن العقد لا يجوز وعلى روايته الفتوى.

ومنها: ما لو سكتت زوجة العنين لا يكون سكوتها رضا ولو أقامت معه سنين، وهذا بيان للمقطع الأول من القاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول».

أما المقطع الثاني منها وهو: «كلكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان» يعني أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان وتطبيق ذلك يظهر فيما يتفرع على دلالة حال المتكلم من مسائل.

ومنها على سبيل المثال: ما لو باع شيئا فاسدا وسلمه للمشتري ثم عيّب البائع المبيع ينفسخ العقد ويصير بتعييبه له مستردا حتى لو هلك عند المشتري من غير أن يمنعه عن البائع هلك على البائع لأن العقد الفاسد معصية يجب على كلّ من العاقدين رفعها بالفسخ فاللائق بحال البائع أن يكون ساعيًا وراء رفعها، فاعتبر فعله التعييب استيلاء على المبيع واختيارا لفسخ العقد رفعا للمعصية، فإن المبيع إذا

وصل إلى البائع من جهة المشتري بأي وجه كان يعتبر فسخا[١].

ومنها: سكوت البكر عند استئمار وليها لها قبل التزويج. وكذا سكوتها إذا بلغها النكاح بعد ما زوجها، وسكوتها عند بلوغها بكرا عاقلة بتزويجه لها فإن سكوتها في كل ذلك كصريح القول، لأن حالتها وهي استحياؤها عن إظهار الرغبة في الرجال لا عن إظهار عدمها تدل على أن سكوتها مع إمكان تصريحها بالرد ولا حياء يمنعها بيان وإيضاح. ففي الأولى يكون العقد لازما وفي الثانية ينبرم ويلزم بعد وجوده موقوفا وفي الثالثة يسقط خيارها. ومنها: لو اشترى سلعة من فضولي وقبض المشتري المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضا[٢].

ومنها: ما لو سئل عن مجهول النسب هل هو ابنه؟ فأشار بالإقرار به ثبت نسبه، لأن إشارته هذه مع حرصه على صيانة النسب وتمكنه من النفي يقوم مقام القول.

ومنها: إذا دفعت الأم في جهاز بنتها أشياء من أمتعة الأب والأب يعلم ذلك وهو ساكت فليس له الاسترداد من ابنته.

ومنها: إنفاق الأم في جهاز ابنتها من مال الأب ما هو معتاد والأب ساكت يكون إذنا منه ولا تضمن الأم.

١١ - قاعدة: لا عبرة بالتوهم:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن التوهم لا يؤبه به ولا يبنى عليه حكم شرعي بل يعمل

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٣٨).

(٢) جامع الفصولين بحاشية الرملي (١/ ٣١٥).

بالثابت قطعا أو ظاهرا دونه، لأن الثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لأمر موهوم بخلاف المتوقع فإنه كثير الوقوع، فيعمل بتأخير الحكم، ولهذا جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب لأن الصلح بين الأقارب أمر متوقع كثير الوقوع[1].

وهذه القاعدة ليست كقاعدة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه»، فإن الظن أقوى من الوهم فالتوهم إدراك الطرف المرجوح والظن إدراك الطرف الراجح.

ولكن يمكن أن يقال: إن حكم قاعدة: «لا عبرة للتوهم» يفهم بالأولى من قاعدة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه»، ولكن هذا الفهم خاطئ لأن قاعدة: «لا عبرة بالظن البين خطؤه» لا يعمل فيها بالظن بعد أن تبين خطؤه تماما فحينئذ يكون في درجة أقل من التوهم أصلا، لأن التوهم قد يصبح حقيقة بخلاف الظن الذي تبين خطؤه.

ويفهم من قاعدة: «لا عبرة للتوهم»، أنه كما لا يثبت حكم شرعي استنادا على وهم، فكذلك لا يجوز تأخير الشيء الثابت أصلا بصورة قطعية لحدوث وهم طارئ[2].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل:

منها: لو أثبت الورثة إرثهم للميت بشهود وقالو: لا يوجد ورثة غيرنا للميت

---

(١) درر الحكام (١/ ٦٥).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص٣٦٣).

بشهادة شهود، فإنه يقضى لهم بالإرث، ولا عبرة باحتمال ظهور وارث آخر يزاحمهم، لأن ذلك أمر موهوم.

ومنها: لو توفي المفلس، تباع أمواله وتقسم بين الغرماء، وإن توهم ظهور غريم آخر جديد والواجب للمحافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول ألا تقسم ولكن لما كان لا اعتبار للتوهم فإنهم يقسمون التركة على الغرماء وإن ظهر غريم آخر جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة.

ومنها: أنه إذا بيعت الدار - وكان لها جاران لكل منها حق الشفعة وأحدهما غائب - بدعوى الشفيع الحاضر الشفعة، يحكم له بالشفعة ولا يجوز تأخير الحكم بدعوى أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة.

ومنها: إذا ولدت المرأة فطهرت قبل الأربعين اغتسلت وصلت بناء على الظاهر، لأن معاودة الدم أمر موهوم، فلا يترك المعلوم وهو الطهارة بالموهوم.
ومنها: إذا جرح شخص شخصا آخر ثم شفي المجروح من جرحه تماما وعاش مدة ثم توفي فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون مورثهم مات بتأثير الجرح لا تسمع دعواهم لأنه لا عبرة بالتوهم[1]

وكذلك يكتفي في تعريف الشهود عليه إن كان غائبا عن مجلس الحكم بذكر اسمه واسم أبيه وجده واحتمال مشاركة سواه له في اسمه واسم أبيه وجده مجرد توهم لا عبرة به.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ الندوي (ص١٣٧٠).

ومنها: ما لو دفع ماله مضاربة لرجل قد يتكسب من حرام جاز أخذ ربحه ما لم يعلم أنه اكتسب به الحرام.

ومنها: كذلك لو ادعى ثمنين أو ثلاثة أثمان بسبب بيع هذا الشيء منه لا يجب إلا ثمن واحد، وإن احتمل أنه باع ثم اشترى ثم باع فإنه لا يعتبر هذا الاحتمال[١].

ومنها: كذلك لو كان لزيد جدار ملاصق لدار جاره فأراد أن يفتح فيه كوة فوق قامة الرجل فله ذلك وليس لجاره منعه عن فتحها بحجة أنه يطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء لأنه موهوم.

ويستثنى من القاعدة فروع ومنها: لو أنهدم بعض الدار المستأجرة فإن الإجارة لا تنفسخ بل يثبت للمستأجر الخيار، ولو أصلح المؤجر الدار قبل مضي زمن يسير لا أجرة له فلا خيار للمستأجر أيضًا ولو انهدمت الدار كلها قبل تسليمها للمستأجر فإن الإجارة تبطل، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فوجب فسخه[٢].

لكن لو انهدمت الدار كلها بعد تسليمها للمستأجر فقد اختلف الفقهاء هل يبطل العقد ويجب الفسخ أو لا يبطل عقد الإجارة؟ فذهب بعض الفقهاء ومنهم محمد بن الحسن من الحنفية ورواية للحنابلة وبه قال الزيدية والإمامية أن الإجارة لا تنفسخ وإنما يثبت للمستأجر حق الفسخ إن شاء فسخ وإن شاء لا يفسخ لأن

---

(١) جامع الفصولين (١/ ٢٣٠).

(٢) نتائج الأفكار للقاضي زاده الحنفي (٧/ ٢٢٠)، طبعة المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة بدون تاريخ.

أصل المعقود عليه لا يفوت، لأن الانتفاع بالعرصة ممكن بدون البناء إلا أنه ناقص فصار كالعيب فيستحق الفسخ فالمنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه هروب الدابة قبل تسليمها للمشتري فإن البيع لا ينفسخ لتصور عودة الدابة مرة ثانية، فتوهم الفائدة بإعادة البناء ثابت فلذلك لا تنفسخ الإجارة وإنما يثبت للمستأجر الخيار فقط، إن شاء فسخ إن شاء أمضي البيع، وبناء على هذا المذهب تكون هذه الصورة استثناء من قاعدة: «**إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه**» لأن الأجرة قد سقطت ومع هذا لا ينفسخ العقد وهي أيضًا مستثناة من قاعدة: «**لا عبرة للتوهم**»، حيث إن مبرر عدم الفسخ في الإجارة هو توهم الفائدة بإعادة البناء مرة أخرى ولكن الراجح فسخ الإجارة لفوات المنفعة.

ومنها: أن المشتري من الفضولي لو دفع الثمن له على رجاء إجازة المالك ثم أراد استرداده منه لم يملك استرداده قبل أن يفسخ المالك البيع، فقد منعوه عن استرداد الثمن مع أن الإجازة موهومة الحصول.

ومن المسائل التي خرجت عن القاعدة، أنه لو استأجر الزوج زوجته المطلقة بائنًا بينونة صغرى لإرضاع ولده منها، ثم تزوجها لا تبطل الإجارة لأن الحكم هنا لزوم الأجرة للمستأجر وإن كان لا يثبت ابتداء بوهم الفائدة لكنه يبقي ما بقي توهم الفائدة وتوهم الفائدة هنا ثابت بأن يطلقها بعد ذلك فتظهر حينئذ فائدتها وذلك كما إذا استأجرها لإرضاع ولده منها وهي زوجته لا تصح الإجارة بناء على توهم ثبوت فائدة لها، بأن يطلقها فتصبح أجنبية عنه، ولكن لو استأجرها وهي مطلقة ثم تزوجها لبقاء العقد توهم ثبوت الفائدة بأن يطلقها بعد ذلك.

ويتفرع على القاعدة: ما لو آجرها مشاعًا فإنه لا يصح سواء كان يقبل القسمة أو لا، ولكن لو طرأ الشيوع بعد العقد بأن أجرها عقارا بتمامه ثم استُحِق جزء منه شائع أو تفاسخ العاقدان الإجارة في بعض شائع منه تبقى الإجارة في الباقي وإن كان شائعا لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

وخرج عن القاعدة أيضًا ما لو دفع المديون الدين إلى فضولي على رجاء أن يجيز المالك فليس له أن يسترده منه لاحتمال الإجازة[1] والوجه يشهد له فإن الفضولي قبض فضولا عن الدائن رجاء الإجازة منه لقبضه ولم يقبض بطريق الوكالة عن المديون ليدفع إلى الدائن، ولو كان قبضه بطريق الوكالة عنه لم يكن فضوليًا فحيث كان قبضه عن الدائن رجاء الإجازة لم يكن للدافع حق استرداد ما دفعه إليه فظهر من ذلك أنه لا عبرة بالتوهم، أي: لا اكتراث ولا اعتبار به ولا يبنى عليه حكم شرعي بل يعمل بالثابت قطعا وظاهرا دونه، لأن الأمر الموهوم يكون نادر الوقوع على النحو الذي أوضحناه وشرحناه شرحا وافيًا يدل على أهمية هذه القاعدة وأنها تؤدي دورا هاما في بناء الأحكام على الحقائق الثابتة والظاهرة دون المتوهمة ولا عبرة لما عساه يظهر بعد ذلك.

١٢ - قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أنه لا اعتداد بالظن البين خطؤه، فإذا حدث فعل استنادا

(١) جامع الفصولين الفصل الرابع والثلاثين صفحة ٢٠١.

على ظن تبين أنه مخالف للحكم الشرعي يجب عدم اعتباره لأنه لا عبرة به شرعا، وما لا عبرة به شرعا لا يترتب الحكم عليه، بل يلغى ويجعل كأن لم يكن سواء أكان الخطأ ظاهرا ومبينًا للحال أم كان خفيًا ثم ظهر بعد ذلك.

ويفهم من هذه القاعدة، أنه إذا تعارض الظن الذي هو إدراك الطرف الراجح مع الواقع لا يعتد بالظن. والعبرة: من الاعتبار والاعتداد وهو إعطاء الأمر قيمة، وتستعمل أيضا، بمعنى الاتعاظ. ومن العبرة بمعنى الاعتبار قول الفقهاء: لا اعتبار في تقدم المأموم على الإمام، أي أنه إذا تقدم المأموم على الإمام فلا يعتد بهذا الفعل شرعا فيلغى لأنه مخالف لما ثبت شرعا، ومن العبرة بمعنى الاتعاظ قولهم: لا عبرة بعبرة معتبر إذا لم يكن غير معتبر[1].

الظن والوهم والشك:

الظن: إدراك الطرف الراجح، ويقابله الوهم، وهو إدراك الطرف المرجوح. وأما **الشك**: فهو تساوي الطرفين، وإذا كان الظن المبني على خطأ غير معتبر شرعا فمن باب أولى ما كان أقل من الظن وإذن فلا عبرة بالشك أو الوهم، ومن ثم فلا يثبت حكم شرعي استند على شك أو وهم، إذ لا يترك الأمر الثابت بصورة قطعية بوهم أو شك طارئ[2].

دليل هذه القاعدة:

هذه القاعدة بديهية يدركها العقل فلا تحتاج إلى دليل. ومن ثم فإن فروع هذه

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٥٧).

(٢) بتصرف من درر الحكام لعلي حيدر (ص٦٤). شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٥٧).

القاعدة تعتبر دليلا عليها عند عدم وجود الدليل لأنها عبارة عن تطبيقاتها الشرعية.

فروع القاعدة:

هذه القاعدة يندرج تحتها فروع كثيرة وأهم هذه الفروع ما يلي:

الفرع الأول: إذا ظن المكلف أنه لا يعيش إلى آخر الوقت[١] في الواجب الموسع. والواجب الموسع يكون وقت العبادة فيه أزيد بحيث يسع فعلها مرارا.

ويسمى الإيجاب المتعلق بهذا الفعل بالوجوب الموسع[٢] فإذا ظن المكلف أنه لا يعيش إلى آخر الوقت في صلاة الظهر أو العصر أو المغرب أو العشاء أو الفجر بأن كان مريضا ويغلب على ظنه أن هذا هو مرض الموت أو كان ينتظر تنفيذ حكم بالإعدام ويغلب على ظنه أن ينفذ الحكم بغتة فإن هذا الشخص قد يضيق عليه الوقت في الصلوات الخمس ويجب عليه فعل الواجب فيما ظن البقاء فيه، فلو لم يفعله ثم عاش وفعله فهو أداء على الأصح من مذهب الإمام الشافعي لأنه ظن تبين خطؤه فلا يعتد به ولا يحاسب عليه، ثم إنه أوقع الصلاة في وقتها المقدر لها شرعا، ومقابل الأصح يعتبر قضاء لأن الوقت قد يضيق عليه بحسب ظنه فيلزمه أن يوقعه في الوقت الذي ظن أنه لا يعيش بعده.

وعليه فيكون الظن معتبرا ولا يكون الفرع من القاعدة بل هو قد استثنى من القاعدة وأخذ حكما يخالف حكم القاعدة.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٣٤).

(٢) أصول الفقه لأستاذنا فضيلة المرحوم الدكتور محمد أبي النور زهير (١/ ١٠٥).

وكما هو معلوم أن الصلاة لها وقت أداء ووقت قضاء فما هو الأداء وما هو القضاء؟

الأداء: هو فعل المكلف العبادة كلها أو بعضها في أي جزء من أجزاء الوقت المقدر لها شرعا ولم تسبق بإتيان مشتمل على نوع من الخلل أي بأن يكون قد أداها صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها كاملة.

والقضاء: هو فعل المكلف العبادة بعد وقتها المقدر لها شرعا.

والواجب الموسع أنواع: قد يكون الوقت فيه معلوما بأن يكون محددً الطرفين له مبدأ ونهاية، كالصلوات الخمس، وقد يكون غير معلوم كالحج وقضاء الفوائت لعذر من الأعذار، فإن الشارع قد جعل العمر كله وقتا للحج وقضاء ما فات من الواجبات لعذر أو لغير عذر والعمر غير معلوم النهاية.

ومثل هذا: ما لو ظنت المرأة أنها ستلد إن كانت حاملا، أو أنها تحيض، أو رجل اعتاد أن تأتيه حمى الملاريا في أي وقت فإن مثل هذا الشخص يتضيق عليه الوقت لهذه العبادة ويكون قد وجب عليه أداء العبادة قبل الزمن الذي يظن فيه الفوات، فإن أخر وفات وقت الفعل لهذه العبادة كان آثما.

وإن تخلف ظنه وأتى بالفعل كان هذا الفعل أداء على رأي الغزالي وهو الصحيح لأنه وقع في وقته المحدد له شرعا ولكنه آثم لمخالفته ما أمر الشارع به وهو العمل بمقتضى ظنه[1].

---

(١) المرجع السابق نفسه (ص١١٣).

ونظيره: ما لو نام عن الصلاة، فعند الجمهور تكون الصلاة التي فات وقتها بسبب النوم قضاء لخروج الوقت الذي يرتبط به الواجب بالنوم ولكن هل جميع الوقت وقت للوجوب؟

عند الجمهور جميع الوقت وقت للأداء، ففي أي وقت أوقع الصلاة فيه فهي أداء، لأن الإيجاب قد تعلق بالوقت من أوله إلى نهايته ولكن المكلف مخير في إيقاع الفعل في أي جزء من الوقت ولا يكلف بالعزم على الفعل في الجزء الذي لم يفعل فيه وإذا أتى بالفعل في جزء من أجزاء الوقت كان الفعل أداء[1].

واستدلوا على ذلك بأن الله تعالى لما فرض الصلاة أرسل جبريل عليه السلام ليعلم النبي ﷺ وصلى به أول يوم الصلاة في أول وقتها ثم صلى به في اليوم الثاني الصلاة في آخر وقتها ثم أعلم النبي ﷺ الأمة بهذه الأوقات بقوله: «**الوقت ما بين هذين**» فدل الحديث على أن الخطاب المتعلق بالصلاة يقتضي إيقاعها في أي جزء من أجزاء الوقت من غير بدل. وأول الوقت أحق بالأداء من غيره لما فيه من المبادرة إلى الطاعة لقوله ﷺ: «**الصلاة في أول وقتها رضوان الله وفي آخره عفو الله**»[2].

وقال الحنفية: إن الإيجاب يقتضي إيقاع الفعل في الجزء الأخير من أجزاء الوقت فإذا أوقعه المكلف في غيره كان هذا الفعل تعجيلا.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) رواه الترمذي والدار القطني من حديث يعقوب بن الوليد المدني عن عبد الله بن عن نافع عن ابن عمر. انظر: تلخيص الحبير (١/ ١٨٠).

ومنهم من قال: إن سبب الوجوب هو الوقت الذي يليه أداء الفعل وهذا ظاهر في أن أي جزء منه صالح لأداء الفعل فيه، فإن لم يفعل حتى بقي من الوقت مقدارا يسع الفعل تعين هذا الوقت للأداء وكان سبب الوجوب هو الوقت الذي تلاه هذا الفعل، وهذا لا يخالف مذهب جمهور الفقهاء والمتكلمين.

الفرع الثاني: ظن أنه متطهر فأدى الصلاة: فإذا ظن المكلف أنه متطهر ثم تبين أنه محدث[١] لم تصح صلاته ويجب عليه إعادة الصلاة لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه والظن هو الطهارة والواقع هو عدم الطهارة، فإذا صلى ثم بان حدثه فيجب عليه إعادة الصلاة سواء كان الحدث أكبر أو أصغر لأن الظن لا يغني شيئا، ولأنه ظن تبين خطؤه فيلغى.

الفرع الثالث: ظن دخول الوقت فصلى: فإذا ظن دخول الوقت فصلى ثم بان له أن وقت الصلاة لم يدخل فيجب عليه إعادة الصلاة، لأنه تعارض ظن وواقع ولا عبرة بالظن البين خطؤه[٢].

والظن هو دخول الوقت، والواقع عدم دخول الوقت، ودخول الوقت شرط من شروط صحة الصلاة. فإذا وقعت الصلاة قبل وقتها فلا تجزئ لأن الوقت مأخوذ من التوقيت وهو التحديد والمراد به وقت الصلاة المكتوبة خاصة.

وأجمع المسلمون على أن للصلوات الخمس أوقاتا مخصوصة محدودة لا تجزئ

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٤).

(٢) المرجع السابق نفسه.

قبله، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ كِتَٰبٗا مَّوۡقُوتٗا ﴿١٠٣﴾﴾ [سورة النساء: آية ١٠٣]، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «الصلاة لها وقت شرطه الله لها لا تصح إلا به»[1]

الفرع الرابع: ظن طهارة الماء فتوضأ به: فإذا ظن شخص طهارة ماء فتوضأ به ثم بان نجاسته، فإنه يجب عليه إعادة الوضوء إذا لم يصل به فإن صلى به أعاد الوضوء والصلاة معا، لأنه ظن تعارض مع الواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه والظن الخاطئ هو طهارة الماء والواقع هو عدم طهارته لأنه ثبت أنه نجس، ولا عبرة بالظن البين خطؤه حيث قام الدليل على نجاسته فيلغو الظن ويثبت اليقين.

الفرع الخامس: ظن أن إمامه مسلم أو رجل أو قارئ: فلو ظن شخص أن إمامه مسلم أو رجل أو قارئ فبان كافرا أو امرأة أو أميًا وجب عليه إعادة الصلاة في هذه الصور كلها لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، ولأن من شروط صحة الصلاة: الإسلام. والذكورة شرط لصحة الإمامة إذا كان المؤتم به رجلا، والقراءة شرط لصحة الاقتداء.

فإذا اقتدي قارئ بأمي وهو لا يحسن الفاتحة لم تصح الصلاة لأن الفاتحة ركن في الصلاة فلم تصح صلاته في هذه الصورة، لأنه كان ينبغي عليه أن يتحرى ويعرف أن إمامه ممن تتوافر فيه شروط الإمامة، ومنها: الذكورة والإسلام والقراءة فإذا قصر في ذلك لم تصح صلاته.

(١) حاشية الروض المربع للنجدي (١/ ٤٦٢).

الفرع السادس: ظن بقاء الليل: فإن المسلم إذا ظن بقاء الليل فأكل ثم تبين خلافه فصومه غير صحيح وعليه القضاء، ولا كفارة عليه عند من يوجب الكفارة بالأكل لأن الحدود تدرأ بالشبهات والكفارات كالحدود، لأنها عقوبة فتدرأ بالشبهة.

وإنما وجب عليه القضاء لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ ۖ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ۖ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ۚ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا ۗ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ﴿١٨٧﴾﴾

[سورة البقرة: آية ١٨٧].

وكذلك إذا ظن غروب الشمس فأكل ثم بان خلافه فصومه غير صحيح، ويجب عليه الإعادة لأنه لم يتم صومه والله تعالى أمر بإتمام الصوم ولكن لا كفارة عليه عند من يوجب الكفارة بالأكل والشرب خلافا للشافعية ومن وافقهم فإنهم يرون أنه لا كفارة إلا بالجماع، لأنه لم يرد به نص، ولأن الأصل براءة الذمة فلا يثبت شغلها إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس، ولم يوجد واحد منها وإنما ورد النص وثبت الإجماع في الجماع في نهار رمضان، فلا كفارة بمباشرة أو قبلة ونحوهما مع الإنزال وفاقا، ولا بالجماع في قضائه أو نذر أو كفارة، لأن الكفارة لهتك حرمة شهر رمضان وغيره لا يساويه، لاحترامه وتعيينه للعبادة فلا يقاس غيره عليه[1].

---

(١) حاشية الروض المربع للنجدي (٣/ ٤١٧).

الفرع السابع: دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها: فإذا دفع شخص زكاة أمواله إلى من ظنه من أهلها فبان خلافه فيجب عليه أن يخرج غيرها لأنها لم تقع موقعها الصحيح، لأنه ليس من الأصناف الثمانية المذكورين في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٦٠﴾﴾ [سورة التوبة: آية ٦٠]، فقد تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، فالظن أنه من أهلها والواقع أنه ليس من أهلها[1] فيبقى الواجب في ذمته حتى يجد مستحقا له فيدفعه إليه، وله أن يسترد ما دفعه من غير المستحق إن شاء وهذا عند الشافعي.

وعند أبي حنيفة لو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها ثم بان خلافه تجزئه اكتفاء بظنه؛ لأن الدفع بالظن عنده في الزكاة قائم مقام اليقين خلافا لأبي يوسف، فإنه مع الشافعية، والقول الأول هو الصحيح فلا يجوز صرف شيء من الزكاة إلى غير أهلها ومن قال بغير ذلك فلا يلتفت إلى قوله لأنه يخالف النص القرآني ولما أخرجه أبو داود وغيره عن بن زياد بن الحارس مرفوعا: «**إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها هو، فجزأها ثمانية أجزاء**» وقال للسائل: «**إن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك**»[2].

الفرع الثامن: رأوا سوادا فظنوه عدوا: فإذا رأى المسلمون المرابطون للجهاد

---

(١) محاضرات في قواعد الفقه لأستاذنا فضيلة الدكتور جاد الرب رمضان.

(٢) رواه أبو داود، وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفريقي وقد تكلم فيه غير واحد، انظر: نيل الأوطار (٤/ ١٩٢).

سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف[1] على أي كيفية من الكيفيات التي ذكرها الفقهاء ووردت بها النصوص في الكتاب والسنة بناء على ظن أن هذا السواد عدو فبان خلافه، فيجب إعادة الصلاة، لأنه تعارض ظن وواقع ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

فالظن هو أن السواد عدو، والواقع عدم ذلك، وأيضًا لو بان أن هناك خندقا بيننا وبين العدو، فيجب إعادة الصلاة لتعارض الظن مع الواقع، وهذا هو أظهر القولين عند الإمام الشافعي، ومقابل الأظهر: لا إعادة للصلاة، لأن وقت الصلاة كان الخوف قائما. والأظهر أقوى لأن الخوف كان ناتجا عن ظن أن السواد عدو ثم بان خلافه، ولا عبرة بالظن البين خطؤه وعليه يكون الفرع داخلا تحت القاعدة.

الفرع التاسع: استناب من يحج عنه ظانا أنه لا يرجى برؤه: وصورة هذا الفرع أن إنسانا يستطيع أداء الحج ماليا، ولكنه عاجز عن أداء الحج جسمانيا، فيجوز له أن ينيب عنه غيره في أداء الحج بل يلزمه أن يقيم من يحج ويعتمر عنه باتفاق أهل العلم[2] فإذا أناب غيره ليحج عنه على ظن أنه لن يشفى من مرضه ثم بان خلافه فقد وجد نفسه قد عوفي بعد الإحرام أو بعد أداء الفريضة ففي هذه الحالة عليه أن يحج عن نفسه، ولا عبرة بالحج الذي أداه عنه الغير لأنه مبني على ظن تبين خطؤه وهذا قول الجمهور، ولكن رجح ابن نصر الله وقوعه عن المستنيب. ومفهوم

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٤).

(٢) حاشية الروض المربع للنجدي (٣/ ٥١٩).

عبارته أنه لو عوفي بعد الإحرام أجزأه ولو كان قبل الميقات والذي نرجحه أن لا يجزئه الذي أداه، لأنه مبني على ظن تبين خطؤه، فلا عبرة به حيث تبين أن مرضه لم يكن ميئوسا منه.

الفرع العاشر: أنفق على البائن ظانا حملها: فالمطلقة إما أن تكون حاملا، أو حائلا وإما أن يكون طلاقها رجعيًا أو بائنا فالمطلقة رجعيًا لها ما للزوجات من النفقات ما عدا أدوات الزينة فلا تجب على الزوج عند من يقول بأن الرجعة لا تصح إلا بالقول فإن وطئها لم يكن ذلك رجعة[1].

أما المطلقة بائنا: فإذا كانت حائلا فلها السكنى فقط محافظة على ماء وجهها، وإن كانت حاملا فلها النفقة والسكنى لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ۝٦﴾ [سورة الطلاق: آية ٦].

فلو أنفق على البائنة ظانا حملها فبانت حائلا استرد ما أنفق، لأنه لا يجب عليه الإنفاق مادامت حائلا، ولأن هذا تضييع للمال، والإنسان يجب عليه أن يحافظ على ماله وإلا كان آثما في حق نفسه وفي حق ورثته، فقد تعارض ظن وواقع، فالظن أنها حامل، والواقع أنها ليست بحامل ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

الفرع الحادي عشر: إذا ظن أن عليه دينا فأداه ثم بان خلافه: فإذا ظن إنسان أن

(١) المهذب للشيرازي (٢/ ١٠٤).

عليه دينا فأداه ثم بان خلافه، فإنه يسترد ما دفعه، لأن ذمته غير مشغولة وأن الذي أخذ المال أخذه بغير حق، فوجب عليه رده لأنه من أكل أموال الناس بالباطل.

وكذلك لو أنفق على شخص ممن تجب عليه نفقته كابنه أو جده أو فروعه على ظن إعساره ثم بان يساره فإنه يسترد ما أنفقه إذا أراد لأنه تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

الفرع الثاني عشر: سرق دنانير ظنها فلوسا: فإذا سرق إنسان دنانير يظنها فلوسا وجب عليه إقامة حد السرقة عليه وهو القطع لأنه أخذ المال من حرزه المعد له شرعا وبلغ نصابا وهنا تعارض ظن وواقع، ولا عبرة بالظن البين خطؤه.

فالظن الخاطئ: هو ظنها فلوسا. والواقع: أنها دنانير، وذلك بخلاف ما لو سرق مالا يظنه ملكه أو ملك أبيه فلا قطع، لوجود شبهة المحل، والحدود تدرأ بالشبهات، والاشتباه هنا قائم مقام الفاعل[1].

والفرق بين السرقة في الحالتين: أنه في الحالة الأولى: أخذ ملك الغير، أما في الحالة الثانية فأخذ ملك نفسه ومن أخذ مال نفسه لم يأثم.

الفرع الثالث عشر: شخص يشتري من تاجر بضائع: ويقيد التاجر ما يشتريه الرجل بدفتره، وأراد المشتري دفع ثمن ما أخذه فطلب من التاجر أن يجمع ثمن ما أخذه من التاجر فغلط فبدلا من طلب ألف طلب ألفين، ودفع المشتري الألفين ثم بعد ذلك تبين له أن المطلوب منه ألف فقط فيكون دفع الألف الثانية للتاجر ظن

(١) محاضرات في القواعد الفقهية، المرجع السابق.

تبين خطؤه فله استردادها.

كذلك لو أعطى شخص لآخر مبلغا من المال ظانا بأن والده مدين له ثم تبين له أنه لم يكن مدينا له فيحق له استرداد ذلك المال لأنه ظن تبين خطؤه فلا عبرة به.

مستثنيات القاعدة:

قال السيوطي: ويستثنى من القاعدة عدة صور خرجت عنها لعلة أخرى:

الصورة الأولى: لو صلى شخص خلف من يظنه متطهرا فبان أنه محدث، صحت صلاته وكان مقتضى القاعدة أن تبطل الصلاة لأنها بنيت على ظن تبين خطؤه ولكن استثنيت من القاعدة وصحت صلاته، لأننا لسنا مكلفين بأن نبحث عن طهارة الإمام، لأنه أمر فيه مشقة بالغة والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج: آية ٧٨].

فالحدث مما يخفى ولا يطلع عليه أحد غالبًا لأنه أمر اعتباري لا يدرك بالحواس، كما أنه ليس له أمارات تدل عليه، بخلاف الكفر فله علامات تدل عليه، فلو صلى خلف كافر نسب التقصير إليه.

وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة، لأننا اعتبرنا الظن وألغينا الواقع.

الصورة الثانية: رأى المتيمم ركبا فظن أن معهم ماء فإنه يتوجه عليه الطلب وإن لم يكن معهم ماء، فإذا تيمم شخص لفقد الماء وأراد الصلاة وقبل أن يدخل في الصلاة رأى جماعة مقبلين فظن أن معهم ماء وجب عليه أن يطلب الماء لأن الله تعالى أمره بالطلب بقوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [سورة المائدة: آية ٦].

ولا يقال للشخص غير واجد إلا بعد طلب الماء من الركب وإن لم يكن معهم ماء لأن الآية توجب الطلب وكان مقتضى القاعدة عدم التوجه ولا يجب عليه الطلب، وعليه يكون الفرع مستثنى من القاعدة، لأننا اعتبرنا الظن ولم نعتبر الواقع[1].

الصورة الثالثة: خاطب امرأته بالطلاق وهو يظنها أجنبية نفذ طلاقه اعتبارًا بالواقع لأنه صادف محله، والعبرة في العقود بما في الواقع ونفس الأمر سواء كان الطلاق بالألفاظ الصريحة أو المكنية كقوله في الكنايات: أنت خلية، أو الحقي بأهلك فيقع الطلاق بألفاظ الكناية مع النية[2] وعليه يكون الفرع من القاعدة لأننا ألغينا الظن واعتبرنا الواقع فعد هذا الفرع من المستثنيات محل نظر لأنه لا استثناء هنا.

وقال بعض العلماء: ينفذ الطلاق قضاء لا ديانة فيجوز له أن يطأها[3].

الصورة الرابعة: مما خرج عن القاعدة ما لو اشترى منقولا فجاء آخر وطالبه بالشفعة وظن المشتري أن الشفعة تجري في المنقول فدفعه له وقبض منه الثمن، ثم علم أن الشفعة لا تجري في المنقول فلا يملك استرداده وانعقد بيعًا بالتعاطي[4].

ومن الصور المستثناة: ما لو دخل رجل الحمام وقال للحارس: احفظ الثياب،

---

(١) محاضرات في القواعد الفقهية، المرجع السابق.

(٢) نهاية المحتاج (٦/ ٦٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٢٨)، ونهاية المحتاج (٦/ ٦٨).

(٤) شرح القواعد الفقهية (ص٣٥٩).

فخرج ولم يجد ثيابه فقال الحارس: إني رأيت أحدا رفع ثيابك إلا أني ظننت أن الرافع هو أنت، فلا يضمن إذ لم يترك الحفظ لأنه ظن أن الرافع هو الشخص صاحب الثياب ولكنه جاء في أحكام ضمان الحارس أن عليه الضمان وهو الأصح، فيكون عدم الضمان على مقابله مستثنى من القاعدة[1].

١٣ - قاعدة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه، للتيقن بكذب مدعيه، كقول من لا يولد لمثله: هذا ابني، فكذلك الممتنع عادة كدعوى رجل معروف بالفقر على رجل آخر أموالا جسيمة لم يعهد عنه أنه أصابها بإرث أو بغيره فكما لا تسمع الدعوى السابقة فلا تسمع هذه الدعوى لأن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة لأن الكذب فيها ظاهر وقوي فلا يعمل بها ولا يترتب عليها ثبوت حق.

وهذا أمر ظاهر والحكم به صحيح ومن ثم تبطل الدعوى وترد على مدعيها ولا يلتفت إليها لأنها مجانبة للواقع وبعيدة عن الصواب.

فروع القاعدة:

هذه القاعدة لها فروع تدخل تحتها ومسائل تدل عليها وتوضح مدلولها وهي كثيرة ومبثوثة في أبواب الفقه الإسلامي على اتساعه واختلاف أبوابه ونحن هنا

(١) جامع الفصولين (ص١٨٧).

نورد أهم هذه المسائل كتطبيق لهذه القاعدة:

ومنها: أن يدعي المدعي إقرار المدعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما. وكدعوى القريب أو أحد الزوجين ملك ما باعه وسلمه لآخر باطلاعه أو أن له فيه حصة وكدعوى الأجنبي على المشتري أن المبيع ملكه أو أن له فيه حصة بعد ما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهدم أو البناء أو الغرس.

وكدعوى الولد الذي في عائلة أبيه وصنعتهما واحدة أن المال الذي تحت يد الوالد ملكه أو له فيه حصة.

وكدعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق أموالا عظيمة على الوقف أو اليتيم والواقع الظاهر يكذبه. فكل ذلك وغيره من تكذيب التواتر لا تسمع الدعوى بشيء منه ولا تقام البينة عليه.

وهناك تنبيه يجب التيقظ له: وهو أن الظاهر أن الممتنع حقيقة كدعوى بنوة أو أبوة من لا يولد لمثله يستقل الحاكم برد الدعوى فيها بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ويستبد به، ولا حاجة إلى أن يدفع الخصم بأنها ممتنعة حقيقة وأنها لا تسمع إذ لا فائدة في سؤاله عنها لأنه لو أقر لا ينفذ إقراره، لأن شرط نفوذ الإقرار على المقر إمكان تصور صحته ولا يتصور صحة ذلك.

ويلحق بذلك دعوى المتولي أو الوصي أنه أنفق على عقار الوقف أو على اليتيم أو عقاره مبلغا يكذبه فيه الظاهر، فإن الحاكم يستبد بردها من غير أن يسأل الخصم عنها إن كان هناك خصومة ولا يقبل قوله ولا يمينه إن كان ذلك أثناء محاسبته له، إذ لا فائدة في سؤال الخصم عنها لأن السؤال إنما يكون رجاء الاعتراف وهو لا يملك

الاعتراف على الوقف أو اليتيم بذلك فيردها.

بخلاف بقية المسائل المفرعة على القاعدة فإن الظاهر أن الحاكم لا يردها ابتداء بل يسأل الخصم عنها فإن دافع بأنها لا تسمع لامتناعها عادة ردها حينئذ وذلك لأن الخصم لو أقر بالمدعى به لدى الحاكم والحالة هذه نفذ عليه خصوصا أن في بعضها لابد من إقامة المدعى عليه البينة على المدعي بما يفيد امتناع مُدَّعَاهُ عادة، كقرابته له واطلاعه على بيعه العين المدعى بها، وكاطلاعه على الشراء وعلى تصرف المشتري زمانا تصرف الملاك، وككون الولد في عائلة أبيه وإن صنعتهما واحدة: وككون المدعى معروفا بالفقر، وإقامة البينة لا تكون إلا بعد سؤال الحاكم له عن الدعوى وموافقته بذلك.

❊ ❊ ❊

القاعدة الرابعة: الضرر يزال

وما يتفرع عنها من القواعد.

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الضرر تجب إزالته، لأن الضرر ظلم وغدر، والواجب عدم إيقاعه، لأن الأضرار مرفوعة ومزالة ولا يحق أن تقع أصلا، ومن ثم فلا يجوز شرعا لأحد أن يلحق بآخر ضررًا ولا ضرارًا، وهذه القاعدة لفظ حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وعبادة بن ثابت ﷺ مسندا ورواه مالك في الموطأ مرسلا[(١)]

والضرر: ما قابل النفع. فكل ما ليس بنفع ضرر، والضرر يزال: جملة خبرية لفظا إنشائية معنى لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب، فيكون المراد بها الإنشاء أي الأضرار يجب إزالتها بل هي مزالة من الله ابتداء ودواما، وليس هناك تكليف فيه ضرر لأنه مزال ومرفوع شرعا.

وكذلك الإنسان مكلف بأن يزيل الضرر عن نفسه لأن نفسه ليست ملكا له بل هي مملوكة لله تعالى لأنه خالقها، ولا يجوز لإنسان أن يلحق الضرر بغيره لأنه ظلم والظلم حرام وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع. وإطلاق الضرر يفهم منه أن التحريم ليس قاصرا على الأضرار الواقعة بالفعل، بل يشمل ما كان منها ابتداء بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفيا، أو وضعيا، كما

---

(١) راجع: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٢) وابن (ص٨٥).

يشمل أيضًا الضرر الحاصل بسبب الأعذار الطارئة أو ما كان بالتدارك أي: بتشريع الأحكام التي يتدارك بها الضرر الحاصل كأنه لم يحدث[١].

ويدخل تحت هذه القاعدة قاعدة: «الضرر لا يزال بالضرر»، فهي قيد عليها أي: أن الضرر يزال ولكن لا بضرر، لأنه لو أزيل الضرر بالضرر، لما صدق الضرر يزال فشأنها معها كشأن الأخص مع الأعم[٢].

الأدلة على حجية القاعدة:

ثبتت حجية هذه القاعدة بالأدلة النقلية والعقلية:

أما الأدلة النقلية فهي الكتاب والسنة والإجماع:

١ - أما الكتاب فقد ورد فيه النهي عن الضرر في آيات كثرة منها: قوله تعالى في شأن المطلقات: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ۚ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٣١]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّۚ﴾ [سورة الطلاق: آية ٦]، وقوله في شأن الوصية بالدين: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّۚ﴾

[سورة النساء آية١٢].

وقال فيما يتعلق بالبيع: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌۚ﴾

[سورة البقرة: آية ٢٨٢].

فقد دلت هذه الآيات وغيرها على تحريم الضرر ومنعه.

وإن من يستقرئ أحكام الشريعة في جزئياتها يردك تماما أن الشارع الحكيم

---

(١) فواتح الرحموت للأنصاري (ص٣١٤).

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٢٩)، و الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢.

قصد من ذلك تحريم كل أنواع الضرر وأن هذه الجزئيات تندرج تحت أصل كلي يمكن أن يرجع إليه كل ما كان من هذا القبيل.

وليس الضرر الذي ورد ذكره في القرآن الكريم منحصرا في نطاق اللفظ الذي تتكون مادته من الضرر بل ورد بصور وأشكال مختلفة مما يؤدي معنى الضرر.

ولهذا استدل الفخر الرازي على هذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُواْ فِي ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا﴾ [سورة الأعراف: آية ٥٦].

٢- وأما السنة: فقد ورد فيها نص الحديث النبوي «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**» ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ نفى الضرر مطلقا لأنه نكرة في سياق النفي فيعم، فلا يكون النفي واقعا على الإمكان ولا على الوقوع الفعلي، لأن كلا من الضرر والضرار واقع وموجود بكثرة، فلا يصح أن يراد نفي ذلك وإذا انتفي أن يكون المراد نفي الإمكان أو نفي الوقوع فإنه يتعين أن يكون المراد أنه لا يجوز الضرر والضرار في ديننا، وإذا انتفي الجواز ثبت التحريم[١].

معنى الحديث:

هذا الحديث معناه ألا يكون هناك ضرر من إنسان لنفسه ولا لغيره. والضرر هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، والضرار مقابلة الضرر بالضرر[٢].

وفسره بعضهم: بأن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء[٣] والحديث نص في

---

(١) حاشية الشيخ بخيت على شرح الأسنوي (٤/ ٣٥٧).

(٢) المدخل الفقهي (ص٩٧٧)، وشرح الأتاسي (١/ ٢٤).

(٣) غمز عيون البصائر (ص١١٨).

تحريم الضرر مطلقا، لأن النفي باللام الاستغراقية يفيد تحريم سائر أنواع الضرر من الشرع، لأنه نوع من الظلم، إلا ما خص بدليل كالحدود والعقوبات[١].

فيكون الغرض من الحديث منع الضرر أيًا كان.

ولهذا فلا يجوز لأحد أن يلحق الضرر لا بنفسه ولا بغيره، بل ولا يجوز أن يقابل الضرر بضرر مماثل فكأن النبي ﷺ قال: لا تضروا ولا تقابلوا الضرر بالضرر وهذه مرتبة عليا، إذا لم يقابل الإنسان أضرار الناس بالضرار[٢] كما قال تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿٤٠﴾﴾ [سورة الشورى: آية ٤٠]، وخبر لا النافية هو كائن أو جائز أي لا ضرر جائز ولا ضرر كائن.

٣- وأما الإجماع، فهو قائم بين علماء المسلمين على مدلول هذه القاعدة ولا نعلم أنهم اختلفوا فيه.

وأما الدليل العقلي: فقد ثبت عقلا أن إباحة الضرر قبيح والقبيح لا يليق أن يصدر من الباريء سبحانه وتعالى، وذلك لأن المولى تبارك وتعالى قد وصف نفسه بالرحمة ووصف شرعه بأنه إصلاح لشؤون العباد، وهذا يتنافى مع وجود الضرر في شرع الله تعالى لأن شرعه قد جاء لنفي الضرر عن العباد، والمقصود بنفي الضرر والضرار، نفي فكرة الثأر لمجرد الانتقام الذي يزيد في الأضرار ويوسع دائرة الضرر.

فالإضرار ولو كان على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفا مقصودا وإنما

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٩٢).

(٢) المدخل الفقهي ٩٧٨-٩٨٠.

يلجأ إليه اضطرارا، فمن أتلف مال غيره فلا يجوز أن يقابل ذلك بإتلاف ماله، لأن في ذلك توسعة للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المتلِفِ قيمة ما أتلف.

وهذا بخلاف الجناية على النفس أو البدن مما شرع فيه القصاص، لأن الجنايات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها[1].

وهناك علاقة بين قاعدة الضرر يزال، وقاعدة المشقة تجلب التيسير، فإن بينهما اتحادا لأن المشقات أضرار وقد رفعها الله تعالى بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج: آية ٧٨]، وما لا حرج فيه لا ضرر فيه. وعلى هذا فإن قاعدة لا ضرر ولا ضرار في داخلها المشقة تجلب التيسير فكل ما ينطبق على هذه ينطبق على تلك؛ لأن المشقات أضرار وقد رفعها الله تعالى.

فالمسافر والمريض يسر الله لهما في صومهما وصلاتهما فالمسافر يجوز له أن يقصر الصلاة وهذا مما امتازت الشريعة الغراء.

القواعد المندرجة تحت قاعدة: «الضرر يزال».

١ - قاعدة: الضرر يدفع بقدر الإمكان:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الضرر يدفع بقدر الإمكان، فإن أمكن دفعه بالكلية فذلك هو المطلوب وإلا فبقدر ما يمكن فإن كان مما يقابل بعوض جبر به فمن أتلف مال غيره فلا يجوز له أن يقابل ذلك بإتلاف مال الغير؛ لأن في ذلك توسعة للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المتلِف قيمة ما أتلف.

---

(١) المدخل الفقهي (ص٩٨).

ومن ذلك أنه لو عفا بعض أولياء القتيل عن القصاص انقلب نصيب الباقين إلى دية، وكذلك في المغصوب فإنه يدفع الضرر برده إذا بقيت عينه سليمة، فإن لم تبق عينه أو بقيت ولكنها غير سليمة بأن تعيبت، ففي الأول: يجبر الضرر برد مثله أو قيمته سواء كان عدم بقائه حقيقيًا كالطعام إذا أكله الغاصب، أو حكميًا كما إذا كانت شاة مثلًا فذبحها وطبخها أو حنطة فطحنها. وفي الثاني: إن كان العيب فاحشا وهو ما فوت بعض المنفعة، فإذا كان المغصوب غير ربوي يتخير المالك في جبر الضرر بين أخذه وتضمين الغاصب ما نقص بالعيب أو طرحه عليه وتضمين مثله أو قيمته من خلاف جنسه، وإن كان غير فاحش وهو ما فوت الجودة ونقص المالية كالحرق اليسير فإن جبر الضرر يتعين بأخذه وتضمين النقصان إلا في الربوي.

أما إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ولا جبره فإنه يترك على حاله كما إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه ولم يكن حدث عنده ما يمنع الرد ثم اطلع على عيب قديم فيه فإنه لا يرجع بنقصان العيب، أما إذا هلك في يده فإنه يرجع بنقصان العيب.

٢- قاعدة: لا ضرر ولا ضرار:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة هي نفسها قاعدة: «الضرر يزال»، ومعناها: أن الأضرار يجب إزالتها وهي مزالة من الله ابتداء ودواما وليس هناك تكليف فيه ضرر لأنه مزال ومرفوع شرعا.

والمراد أنه لا يجوز الضرر والضرار في ديننا وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم[1].

---

(١) حاشية الشيخ بخيت على شرح الأسنوي (٤/ ٣٥٧).

فلا يجوز لأحد أن يلحق الضرر لا بنفسه ولا بغيره، بل ولا يجوز أن يقابل الضرر بضرار فالإضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفا مقصودا وإنما يلجأ إليه اضطرارا.

وقاعدة: الضرر يزال لها ارتباط وثيق بقاعدة: «المشقة تجلب التيسر»؛ لأن المشقات أضرار وقد رفعها الله تعالى بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج: آية ٧٨]، وما لا حرج فيه لا ضرر فيه.

وهذا بخلاف الجناية على النفس أو البدن مما شرع الله فيه القصاص لأن الجنايات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها فالذين يعيبون إقامة الحدود ويتهمون الشريعة بالعنف وعدم الرحمة، وأنها لا تصلح للعصر الحديث لم يفهموا الحكمة من مشروعية الحدود والقصاص ولو فهموا لأدركوا أنه يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم، فإقامة حد الزنا ضرر ولكن عدم إقامته فيه ضرر أعظم ألا وهو فساد الأمة واختلاط الأنساب.

ومن ثم فإن هذه القاعدة وغيرها مما هو في معناها أساس لمنع الفعل الضار وترتب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد وهي عمدة الفقهاء وعدتهم في تقرير الأحكام للحوادث والنوازل الكثيرة المستجدة.

الأدلة على حجية القاعدة:

هذه القاعدة دلت عليها آيات كثيرة ورد فيها النهي عن الضرر ومنعه وأنه لا يجوز شرعا.

ففي شأن المطلقات قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [سورة البقرة: آية ٢٣١]، وفي شأن الوصية بالدين قال تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [سورة النساء آية١٢]، ونص هذه القاعدة: ما رواه ابن ماجه وغيره من حديث ابن عباس وعبادة ابن ثابت رضوان الله عليهم أن رسول الله ﷺ قال: «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»[1].

ومعنى الحديث أنه ينبغي ألا يكون هناك ضرر من إنسان لنفسه ولا لغيره ابتداء ولا يقابل الضرر بضرار لا ابتداء ولا جزاء فالحديث يفيد نفي الضرر وتحريمه مطلقا قال السيوطي: هذا الحديث أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحي عن أبيه مرسلا والحديث المرسل يحتج به على أرجح الأقوال عند أهل الأصول، فإذا أرسل الراوي الحديث مرة وأسنده مرة أخرى أو وقف الحديث مرة ورفعه أخرى فلا يقدح ذلك في قبول روايته عند جمهور العلماء لأن الرسول ﷺ شهد للقرون الثلاثة بالعدالة حيث قال: «**خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم**»[2] وذلك مما يوجب صدقهم والسبب تمسكهم بدينهم فقبل خبرهم بذلك.

والحديث المرسل نوعان: مرسل الصحابي، ومرسل التابعي، أما مرسل الصحابي كابن عباس وأمثاله فهو في حكم الموصول لأنهم إنما يروون عن الصحابة وكلهم عدول[3] وعلى ذلك فقول السيوطي: أخرجه الحاكم على ما في البخاري ومسلم وقال:

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٢)، وابن نجيم (ص٨٥).

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني (١٤/١٣٨-١٣٩).

(٣) الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث لابن كثير (ص٤٨-٤٩).

عن عمرو بن يحي عن أبيه مرسلا ولم يذكر الصحابي فإنه مادام الحديث قد رواه التابعي مرسلا دون ذكر الصحابي فلا يمكن أن يقول هذا الكلام من عند نفسه بل لابد أنه قاله عن أصل ثابت عنده فيكون هذا الحديث مرفوعا وإن كان مرسلا.

فروع القاعدة:

هذه القاعدة ينبني عليها فروع كثيرة وهذه الفروع ذكرها السيوطي وبيانها كالآتي:

الفرع الأول: الرد بالعيب: فإذا دلس البائع على المشتري بإخفاء العيب الموجود في السلعة عند التعاقد فالشارع أجاز له الرد بالعيب، لأن المشتري قصد بالشراء السالم الذي تندفع به حاجاته على التمام فكان له حق الرد بالعيب إذا تحققت شروطه وهي:

أن يخفيه البائع، وألا يكون العيب ظاهرا وقت العقد، وألا يعلم به المشتري، وأن ترد به فور علمه بالعيب.

وضابط العيب الذي ترد به السلعة أن تنقص به عين المبيع أو منفعته نقصا يفوت به غرض صحيح على المشتري أو تنقص به القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله. كما إذا ظهرت الدابة المشتراة عمياء أو عرجاء أو العقار وقفا أو مملوكًا ليتيم، ولكن إذا ظهر عند المشتري عيب جديد امتنع رد المبيع بالعيب القديم لتضرر البائع بالعيب الحادث إلا أن يرضى أو يرضى المشتري بالعيب القديم إذا كان على وفق ما يناسب مصلحته ويحقق هدفه من غير ضرر ولا ضرار.

الفرع الثاني: خيار التغرير: ومعناه الخداع وذلك بأن يخدع البائع المشتري ويوهمه أن المبيع سليم فَيُقْدِمُ ظانًّا أنه في مصلحته والواقع بخلافه فإذا وقع التغرير

وكان معه غبن فاحش سواء كان التغرير من البائع للمشتري أو من المشتري للبائع أو كان من الدلال لأحدهما، فإن المغرور يخير بين إمضاء البيع أو فسخه واسترداد ماله من مبيع أو ثمن[1] لأن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الغرر»[2] وهو مجمع على تحريمه. والغبن الفاحش الذي يكون بالتغرير ويترتب عليه الضمان ويثبت به الخيار هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة.

فلو قوم أحدهم السلعة بمائة دولار وقومها الثاني بخمسة وتسعين.

وقومها الثالث بتسعين مثلًا فبيعها بين التسعين والمائة فيه غبن يسير وبالتسعين فما دونها غبن فاحش للبائع، وبالمائة فما فوقها غبن فاحش للمشتري.

وقد حدد المتأخرون من الفقهاء الغبن الفاحش للتيسير في الفتوى والقضاء فقالوا: بأنه ما بلغ خمس القيمة في العقار وعشرها في الحيوان ونصف العشر في العروض وسائر المنقولات وبهذا التقدير أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة: (١٦٥).

الفرع الثالث: إفلاس المشتري: فإذا اشترى رجل سلعة ثم ركبته الديون وحجر القاضي عليه فيرد المبيع للبائع إذا كان بحاله لدفع الضرر عنه لأن النبي ﷺ قال: «**إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء**» متفق عليه من حديث أبي هريرة ومعظم اللفظ لمسلم من طريق بشير[3].

كما أن في الحجر عليه رفعًا للضرر عن الغرماء إلا أن حق البائع مقدم عليهم[4].

---

(١) الدر المختار وحاشية رد المحتار من باب المرابحة والتولية نقلا عن شرح القواعد الفقهية (ص ١٨٠).

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري راجع: نيل الأوطار (٥/ ١٦٦).

(٣) أخرجه ابن حجر في التلخيص (٣/ ٣٨).

(٤) بحوث في البيع دراسة فقهية مقارنة للدكتور على مرعي (١/ ٣٨).

وكذلك إذا أعسر الزوج بالصداق قبل الدخول بالمعقود عليها، فلها فسخ النكاح أما بعد الدخول فلا يجوز لأنها سلمت نفسها برضاها فيبقي في ذمته إلى ميسرة، فإذا أيسر به وجب عليه تأديته قال ﷺ: «**أول ما يسأل عنه المؤمن من ديونه صداق زوجته**» وقال ﷺ: «**أدوا العلائق**» قيل: وما العلائق، قال: «**ما تراضى به الأهلون**»(١).

وهذا بخلاف النفقة، فإذا أعسر بها فلها طلب الفسخ لأن الضرر يتجدد وهو الأظهر وقطع به الأكثرون(٢). لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٢٩]، ولخبر البيهقي بإسناد صحيح: «أن سعيد بن المسيب سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على أهله فقال: يفرق بينهما» ولأن البدن لا يقوم بدونها.

ومقابل الأظهر: المنع وهو قول أبي حنيفة لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٨٠].

الفرع الرابع: القصاص: وهو أن يوقع على الجاني مثل ما جني على غيره والنفس بالنفس والعين بالعين والجرح بالجرح ويكون في العمد العدوان.

والقصاص شرع لدفع الضرر ففي قتل القاتل مصلحة عامة لأن مريد الجريمة إذا علم عقوبتها امتنع فبقيت حياته وحياة غيره لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ﴾ [سورة البقرة: آية ١٧٩]، فالقصاص مصلحة عامة تحمي المجتمع من الجريمة ويمنع استباحة القتل الذي يهدم حياة الناس ويعرضها للأخطار، ويقضي على هذه الظاهرة الخطيرة التي استشرت في العصر الحديث بسبب عدم تطبيق عقوبة القصاص وهي ظاهرة الأخذ بالثأر فكان تشريع القصاص من أجل إزالة الضرر

---

(١) أخرجه ابن حجر في التلخيص (٣/ ١٩٠).

(٢) مغني المحاج للشربيني الخطيب (٣/ ٢٢٢).

ودفعه لأن الضرر يزال.

الفرع الخامس: الحدود: جمع الحد وهو لغة المنع والحاجز بين الشيئين وفي الشرع: عقوبة مقدرة وجبت على من ارتكب ما يوجبها[1] وشرعت الحدود باختلاف أنواعها لدفع الضرر، فحد الشرب والسرقة والزنا والردة وحد الحرابة والقذف وغيرها من الحدود وجبت على من ارتكب ما يوجبها[2]، فمن شرب الخمر وثبت ذلك بالشهود أو الإقرار أقيم عليه الحد، ومن سرق كذلك أو زنا أو ارتد فالتنكيل بهؤلاء ينفي الضرر عن الأمة، وكذلك تارك الصلاة كسلا يقتل حدًا عند الشافعية وكفرا عند أحمد بن حنبل وهو قول جمهور السلف من الصحابة والتابعين[3].

وأما الجاحد لوجوبها فيقتل كفرا باتفاق لأنه أنكر معلوما من الدين بالضرورة، ويكون بعد استتابته ثلاثة أيام فإن تاب وصلى وإلا قتل لدفع الضرر وهو شيوع ترك الصلاة في الأمة.

الفرع السادس: الكفارات: جمع كفارة، وهي زواجر وجوابر وقيل: زواجر فقط، والأول أصح لقوله ﷺ في حديث عبادة بن الصامت: «**فمن أصاب من ذلك شيئا فعوقب في الدنيا فهو كفارة له**»[4] وأنواع الكفارات كثير منها:

كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل الخطأ وكفارة إفطار يوم من رمضان بالجماع عند الشافعية ومطلقا عند الحنفية سواء كان بالجماع أو بالأكل أو الشرب عمدا.

---

(١) شرح فتح القدير (٤/ ١١٢)، وحاشية الباجوري (٢/ ٢٢٩).

(٢) شرح فتح القدير (٤/ ١١٢)، وحاشية الباجوري (٢/ ٢٢٩).

(٣) حاشية النجدي (١/ ٤٢٢).

(٤) أخرجه ابن حجر في التلخيص (٤/ ٥٩).

فهذه الحدود عقوبات ألحقها الله بالذي ارتكب سببها، والعقوبات أضرار ولكن الشارع أوجبها لدفع الضرر الأعظم لأن الإنسان إذا حلف وحنث كان ممتهنا للفظ الجلالة، وكفارة الظهار يقول الله فيها: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [سورة المجادلة: آية ٢].

فلكي ندفع الضرر عن الأمة تلزم المظاهر كفارة وأيضًا كفارة المواقع في رمضان تلزم لدفع الضرر عن الأمة، فحرمة رمضان جسيمة فإذا علم الناس أن من واقع في رمضان تجب عليه الكفارة امتنعوا من ذلك. والكفارة هي صيام شهرين متتابعين، فإذا عجز فإطعام ستين مسكينا. فالكفارات بعمومها وإن كانت أضرارا في نفسها لكن يندفع بها ضرر أعظم(١).

الفرع السابع: ضمان المتلف: فيضمن المتلف عوض ما أتلف، تلافيًا للضر الذي أحدثه. وضمان المتلفات من قبيل خطاب الوضع، وليس من خطاب الحكم التكليفي، فالحكم التكليفي خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير.

أما الحكم الوضعي فهو خطاب الله بجعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا أو صحيحا أو فاسدا، مثل جعل الدلوك سببا لإيجاب الصلاة، وجعل الوضوء شرطا لصحتها، وجعل الحيض مانعا من صحة الصوم، وجعل الصلاة صحيحة إذا توافرت شروطها وأتى المكلف بجميع أركانها وجعلها فاسدة إذا فقدت ركنا من أركانها أو شرطا من شروطها(٢).

---

(١) محاضرات في قواعد الفقه (ص٢٢).

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي (ص٨٢).

فهذه أحكام شرعية لأنها عرفت من الشرع، ولا معنى للشريعة إلا هذا وليس فيها طلب ولا تخيير بل فيها جعل فقط، ولذلك سميت وضعية[١].

فضمان المتلفات من خطاب الوضع وليس من خطاب التكليف وعلى ذلك فلا يشترط في المخاطب بخطاب الوضع العلم بالخطاب كما لا يشترط فيه التكليف، وهو أن يكون عاقلا.

ومن ثم فإن ضمان المتلفات يجب على المكلف وغير المكلف، فيجب على الصغير والعاقل وغيره من إنسان وحيوان والمخاطب بالنسبة للصغير وليه، وبالنسبة للبهيمة صاحبها.

وبناء على ذلك فإن ضمان المتلف شرع لدفع الضرر لأننا لو لم نقل بذلك لأتلف الناس الأشياء دون اكتراث، وهذا ضرر، والأضرار مزالة أيًا كان نوعها، فإذا سلط إنسان مزرابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال.

وكذلك إذا تعدى على الطريق ببناء أو حفر بالوعة أو غير ذلك.

الفرع الثامن: نصب الأئمة: جمع إمام، والإمام هو خليفة المسلمين العام. ومثلهم الحكام والمحافظون في هذه الأيام وأعضاء النيابة العامة، فهم ممثلون عن الأمة للمحافظة على الأمن فكان تنصيب الأئمة والحكام واجبا، ونصب الأئمة والحكام ثبت بطريق الشرع لأن عدم نصب الأئمة سوف يؤدي إلى هلاك الأمة واختلافها وضعفها فيجب على المسلمين نصب إمام ليلتفوا كلهم تحت رايته.

واختلف أهل العلم في سبب وجوب نصب الأئمة والحكام هل واجب

---

(١) أصول الفقه لزهير (١/ ٤٦).

بالشرع أو بالعقل؟ فقالت طائفة واجب بالعقل لما في طبائع العقلاء من التسليم لزعيم يمنعهم من التظالم، ويفصل بينهم في التنازع والتخاصم، ولولا الولاة لكانوا فوضى وفي ذلك يقول القائل:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سـراة إذا جهـالهم سـادوا

وقالت طائفة: بل واجب بالشرع دون العقل لأن الإمام يقوم بأمور شرعية ويأخذ بمقتضى العدل والتناصف والتواصل.

وقد جاء الشرع بتفويض الأمور في الدين إلى الأولياء والحكام بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾ [سورة النساء: آية ٥٩]، ولقوله ﷺ في أمر الولاة: «**فاسمعوا لهم وأطيعوا في كل ما وافق الحق فإن أحسنوا فلكم ولهم وإن أساءوا فلكم وعليهم**»(١).

الفرع التاسع: دفع الصائل(٢): وهو الذي سطا على غيره ليقهره. فالصيال الاستطالة والوثوب والاستعلاء والاعتداء على الغير بغير حق، لأخذ مال أو لقتل نفس أو لهتك عرض أو لهما جميعا. فيجب دفع الصائل بالأخف فالأخف بمعنى أن الدافع يلزمه التدرج في دفعه لأنه شرع للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان الدفع بالأخف فيقدم الهرب فالزجر فالاستغاثة فالضرب باليد فبسوط فعصا فالقطع فالقتل.

فمن شهر على مسلم سيفا فله أن يقتله إذا دعت الضرورة لقوله عليه الصلاة

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي (ص٥).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٣).

والسلام: «**من شهر على المسلمين سيفا فقد أحل دمه**»، وقوله ﷺ: «**لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: بكفر بعد إيمان أو بزنا بعد إحصان أو يقتل نفسا بغير نفس فيقتل**»[١]؛ لأنه باغ فلضرورة دفع الضرر سقطت عصمته لقول النبي ﷺ: «**من حمل علينا السلاح فليس منا**»[٢].

وفيه دلالة على تحريم قتال المسلمين والتشديد فيه لما في ذلك من تخويفهم وإدخال الرعب عليهم وفي لفظ: «**من أشار إلى أخيه بحديدة لعنته الملائكة**»[٣].

فلو لم يجب دفع الصائل لانتشر الصيال وهو فساد وضرر والقاعدة: أن الضرر يزال، وإذا علم الصائل أنه لو صال قتل امتنع[٤] فإذا كان الصيال لأخذ المال فهل يجب قتله؟ ذكر العلماء في هذه المسألة رأيين:

الأول: يجب دفعه ولو بالقتل لقوله ﷺ: «**من قتل دون ماله فهو شهيد**»[٥] فدل على أن له القتال والقتل، وأنه مأمور بذلك.

والثاني: عدم وجوب دفعه بالقتل لأن المسلم لا يقتل المسلم لأجل المال؛ لأنه لو كان أسيرا وجب على المسلم أن يفديه بماله. وإذا تعدى بالقتل على نفس بغير حق فهل يجب دفعه بالقتل؟ في المسألة رأيان أيضا:

---

(١) رواه الترمذي في الحدود وابن ماجة والنسائي في كتاب التحريم سنن الدارمي (٢/ ١٧٢).

(٢) فتح الباري (٣٧/ ٢٨).

(٣) المرجع السابق (٢٧/ ٢٨).

(٤) حاشية الباجوري (٢/ ٢٥٠).

(٥) رواه الأربعة قاله ابن حجر في التلخيص (٤/ ٨٤).

الأول: يجب قتله إذا لم يندفع إلا به لقوله ﷺ: «**ومن قتل دون دمه فهو شهيد**»[1] وهذا هو الأظهر والأقوى.

والثاني: لا يجب قتله لقوله ﷺ في الفتنة: «**كسروا فيها قسيكم وأوتاركم واضربوا سيوفكم بالحجرة فإن دخل على أحدكم بيته فليكن كخير ابني آدم**»، وفي رواية: فإن دخل على بيتي وبسط يده ليقتلني؟ قال: «**كن كابني آدم**» يعني قابيل وهابيل[2].

أما في الصيال لهتك العرض فالراجح بين العلماء أنه يجب دفعه ولو بالقتل ويسقط التدرج في الدفع، لأنه مواقع في كل لحظة فلا يدفع بالأناة لأن فاحشة الزنا يتعدى ضررها إلى المرأة وأبيها وإخوتها وعائلتها والعار يلحق الأسرة كلها.

الفرع العاشر: قتال المشركين: دفاعا عن الدين وردا لعدوانهم عن أرض الإسلام حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله، فشرع قتالهم لدفع الضرر، ولا ضرر أخطر من ضرر العدوان على الدين ومقدسات المسلمين والاستيلاء على الأرض والعرض.

فوجب دفعهم وكسر شوكتهم لإعلاء كلمة الله في الأرض، فقتال الكفار إنما شرع للدفاع لا لحملهم على الإسلام وإكراههم على الدخول في الدين فالله تعالى يقول: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٥٦].

وخير للمسلمين أن يموتوا دفاعا عن دينهم وشرفهم من أن يستسلموا للمشركين أعداء الدين قال تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمۡ وَءَاخَرِينَ مِن دُونِهِمۡ لَا تَعۡلَمُونَهُمُ ٱللَّهُ

---

(١) المرجع السابق.

(٢) التلخيص الحبير (٤/ ٨٤).

يَعۡلَمُهُمۡۚ﴾ [سورة الأنفال: آية ٦٠].

الفرع الحادي عشر: قتال البغاة: جمع باغ والبغي معناه الظلم ومجاوزة الحد[١]. سموا بذلك لظلمهم وخروجهم على الإمام العادل وبحيث تكون لهم شوكة ومنعة يمكن معها مقاومة الإمام، ولهم تأويل يعتقدون به جواز الخروج كتأويل الخارجين من أهل الجمل وصفين على الإمام علي رضي الله عنه بأنه يعرف قتلة عثمان رضي الله عنه ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم، وتأويل بعض مانعي الزكاة من أبي بكر رضي الله عنه بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن صلاته كانت سكنا لهم وهو النبي ﷺ، وأن يكون لهم رئيس مطاع فيهم إذ لا قوة لمن لا يجمع كلمتهم رئيس مطاع[٢].

وقد أمر الله بقتال البغاة فقال: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ فَإِن فَآءَتۡ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا بِٱلۡعَدۡلِ وَأَقۡسِطُوٓاْۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ ۝٩﴾

[سورة الحجرات: آية ٩].

فهذه الآية دليل على وجوب دفع البغاة فلو لم يجب دفعهم وأبيح لكل طائفة أن تهدم ما بناه غيرها لعمت الفوضى، وهذا ضرر والضرر يزال[٣].

وقتال البغاة من فروض الكفاية إذا قام به البعض سقط الطلب عن الباقين فعلى الإمام أن يقاتلهم بما فيه الكفاية بعد أن يدعوهم إلى الطاعة والدخول في

---

(١) المعجم الوجيز، (ص٥٧).

(٢) مغني المحتاج (٤/ ١٢٣).

(٣) محاضرات في قواعد الفقه لفضيلة أستاذنا الشيخ جاد الرب (ص٣٣).

صفوف الجماعة، فإن أبوا قوتلوا، ولا يقتل أسيرهم، ولا يتبع مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا تسبى ذراريهم ولا أموالهم[١] لأنه ضرر والضرر لا يزال بالضرر.

الفرع الثاني عشر: فسخ النكاح بالعيوب[٢] وهي ثمانية: ثلاثة يشترك فيها الزوجان: الجنون والجذام والبرص. واثنان يختصان بالزوج وهما: الجب والعنة، وثلاثة تختص بالزوجة وهي: الرتق والقرن والعفل[٣].

فلو وجدها الزوج بعد الدخول رتقاء بلحم أو قرناء بعظم أو بها برص أو جذام أو جنون فله الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس ويخشى تعديه إلى النفس والنسل والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره، والجب والرتق يتعذر معه المباشرة.

وكذلك العنة، فهي عجز يصيب الرجل فلا يقدر على مباشرة المرأة، فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيبا من هذه العيوب فله فسخ النكاح منعًا للضرر.

وكذلك الإعسار بالنفقة بعد أن يمهله القاضي ثلاثة أيام يجيز لها طلب الفسخ لدفع الضرر لأنه إذا جاز الفسخ للعجز الجنسي وهي تعيش بدونه فإنه يجوز بما لا تستطيع العيش بدونه وهي النفقة من باب أولى.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز الفسخ بالإعسار في النفقة بل يأمرها القاضي أن تستدين ثم ترجع عليه إذا أيسر[٤] وأما الإعسار بالصداق فيجيز طلب الفسخ قبل

---

(١) الجامع لأحكام القرآن (٦/ ٣٢٠).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٥٣).

(٣) المغني لابن قدامة (٦/ ٦٥١).

(٤) المبسوط (٥/ ١٨٧).

الدخول لدفع الضرر فإذا دخلت ولم يكن قد دفع لها المهر فلا يجوز لها طلب الفسخ لأنها سلمت نفسها راضية فيكون دينا في ذمته إلى ميسرة فيجب دفعه.

٣- الضرر لا يزال بمثله[1]:

هذه القاعدة تعتبر قيدا لقاعدة: الضرر يزال، فشأنها معها شأن الأخص مع الأعم، بل هما سواء ولهذا نقل السيوطي في الأشباه والنظائر عن بن السبكي أن الضرر لا يزال بالضرر، فهي كالاستدراك والقيد للقاعدة الأعم وهي: «الضرر يزال».

فالأخص: «الضرر لا يزال بالضرر»، والأعم: «الضرر يزال»، فكلما تحقق الأخص: «الضرر لا يزال بالضرر»، تحقق الأعم: «الضرر يزال»؛ لأنه لو أزيل الضرر بالضرر فالضرر باق، ولما صدق الضرر يزال، بل الضرر موجود.

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن الضرر لا يزال بمثله، ولا بأكثر منه بالأولى.

ومن أجل ذلك فيشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه[2].

والضرر من المعاني الوجدانية فليس لها حد معين ولا يقوى عليه أفصح البلغاء.

فروع القاعدة:

ذكر السيوطي لهذه القاعدة فروعًا كثيرة وهي كالمنهج ليقيس الناس غيرها عليها، وأهم هذه الفروع:

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٥).

(٢) المرجع السابق (ص٩٥).

الفرع الأول: عدم وجوب العمارة على الشريك[1]: فإذا كان اثنان يشتركان في منزل يحتاج إلى عمارة وترميم، وأحد الشريكين غير مستطيع، فلا يجب إجباره كما هو مذهب الشافعي الجديد، لأن إجباره إزالة ضر أحدهما بضرر الآخر فلم يرتفع الضرر.

والحقيقة أن هذا الضرر الذي لا حظه المذهب الجديد صوري لأن العمارة منفعة ولو أجبناه نكون قد أزلنا ضررا بضرر ولكي لا نقع في محظور إزالة ضرر بضرر نقول للذي يريد العمارة أنفق وخذ أجرة هذا البيت حتى تستوفي ما أنفقته على العمارة وهذا يحقق مصلحة الشريكين.

أما المذهب القديم فيجبر الشريك على العمارة دفعا للضرر الأشد بما هو دونه من باب ارتكاب أخف الضررين وهذا يتفق مع المقاصد العامة في الشريعة.

الفرع الثاني: لا يأكل المضطر طعام مضطر آخر[2]: لأن الضرر لا يزال بالضرر فإن كان مع إنسان طعام وهو مضطر إليه فهو أحق به لقوله ﷺ: «**ابدأ بنفسك**» وثبت في حديث آخر أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله معي دينار فقال: «**أنفقه على نفسك**»[3] فقد أذن له الرسول أن يبدأ بنفسه أولا لأن حقه مقدم على غيره إبقاء لمهجته ويجوز له أن يؤثر به مضطرا مسلما معصوما لقوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [سورة الحشر: آية ٩]، وخرج

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٥).

(٢) حاشية البجيرمي على الخطيب (٤/ ٢٧٢).

(٣) رواه الشافعي وأحمد والنسائي وأبو داود وابن حبان والحاكم من حديث أبي هريرة أخرجه ابن حجر في التلخيص (٤/ ٩).

بالمسلم الكافر ولو ذميًا فلا يجوز إيثاره لكمال شرف المسلم على غيره.

وخرج بالمعصوم غيره كالزاني المحصن وتارك الصلاة فلا يجوز إيثارهما لإهدار دمهما ووجوب قتلهما، وإذا أخذ المضطر طعام غيره وجب عليه أن يدفع ثمنه لأن الضرر لا يزال بالضرر.

فإذا تطوع له به فله أخذه بدون ثمن إذا كان فقيرا، لأن إطعامه على من قصده.

الفرع الثالث: لو سقط شخص على جريح فإن استمر قتله وإن انتقل قتل غيره: حيث لا يوجد مكان خال بين الجرحى قال الفقهاء في هذه المسالة ثلاثة آراء:

الأول: يستمر ولا ينتقل إلى غيره لأن الضرر لا يزال بالضرر.

والثاني: يتخير فيكون له أن يستمر أو ينتقل إلى غيره مطلقا.

والثالث: إذا كان المسقوط عليه أعلى رتبة في العلم والتقوى والورع وتناط به المصالح انتقل إلى الأقل رتبة، وذلك لارتكاب أخف الضررين، فإن لم يفعل كان آثما، وإن تساويًا استمر على الأول، وهذه المسألة توقف فيها الإمام الجويني ولم ينقل عنه فيها حكم.

الفرع الرابع: قال السيوطي: ولو كانت ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بإفضائها فليس له الوطء[1]. وبيان ذلك أنه لو تزوج رجل امرأة فوجدها ضيقة الفرج وهو ذو عبالة – وذلك كناية عن ضخامة ذكره – بحيث لو جامعها أدى إلى إزالة ما بين مدخل الذكر ومخرج البول[2]. فليس له الوطء لأن فيه إزالة ضرر بضرر، إذ هو بالوطء يزيل

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٦).

(٢) حاشية البجيرمي (٣/ ٣٦٤).

ضرر بقاء مائه واحتباسه، بضرر المرأة التي تزوجها، فإذا وجدت المرأة زوجها على نحو يضرها رفعت أمرها إلى القاضي وطلبت منه الفسخ للضرر.

وعلى القاضي أن يفسخ عقد النكاح إذا قرر أهل الخبرة أن بقاء الزوج معها يؤدي إلى إفضائها وأهل الخبرة: أربع طبيبات أو قوابل أو طبيبين إذا لم توجد الطبيبات قياسا على الشهادة.

قال ابن السبكي: يستثنى من هذه القاعدة:

ما لو كان أحدهما أعظم ضررا فعندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف، وهذا ما أورده ابن السبكي تقييدا للقاعدة الأم وهي: «الضرر يزال»، وعبارة ابن الكتاني: لابد من النظر لأخفهما وأغلظهما[1] لمعرفة الضرر الأخف والضرر الأعظم.

٤ - قاعدة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:

فلو أن أحد الضررين كان أعظم فعندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف ومن أمثلة ذلك: القصاص، والحدود، وقتال البغاة، ودفع الصائل، والإجبار على قضاء الدين، والنفقة الواجبة، والظفر بالحق، وأخذ المضطر طعام غيره، وقطع شجر الغير، وشق بطن الميت، ورمي الكفار، وطلب القسمة في الشفعة، وإحاطة الكفار بالمسلمين، والخلع في الحيض، ووقوع شخص في نار، وأكل الميتة، أو طعام غائب[2].

---

(١) الأشباه والنظائر (ص٩٦).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٦-٩٧).

ولكون الضرر الأخف يحتمل لدفع الضرر الأعظم شرع القصاص في القتل العمد العدوان فإن في قتل القاتل ضررا ولكن قتله أخف من ضرر تركه حتى لا يشيع القتل في الأمة، ولا شك أن شيوع القتل أعظم ضررا من القصاص بل القصاص فيه حياة كما قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَـٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾﴾ [سورة البقرة: آية ١٧٩]، وهو تعليل لشرعية القصاص وبيان لمقاصد الشرع الحكيمة منه، فالآية قررت أن الحياة هي المطلوبة بالذات وأن القصاص وسيلة من وسائلها لأن من علم أنه إذا قتل نفسا بغير حق يقتل بها، يرتدع عن القتل فيحفظ الحياة على من أراد قتله وعلى نفسه[١].

واتفق أئمة الفتوى على أنه لا يجوز لأحد أن يقتص من أحد، وإنما ذلك للسلطان أو من نصبه السلطان لذلك.

فالله سبحانه وتعالى جعل السلطان ليقبض أيدي الناس بعضهم عن بعض[٢].

ومثل ذلك يقال في بقية الأمثلة التي أشرنا إليها فهي تفيد ارتكاب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم وهذا ما جاءت به القاعدة وقررته وهذه الأمثلة تدل على صدق ذلك.

٥- قاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما[٣]:

---

(١) تفسير المنار (٢/ ٢٥٦).

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢/ ٩٦).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٣١).

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة، أن الأمر إذا تردد بين ضررين، أحدهما أشد من الآخر فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الضرر الأشد. ومراعاة أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما لإزالة الضرر لأن المفاسد تراعى نفيًا، كما أن المصالح تراعى إثباتا[١].

فهل قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» هي نفس قاعدة: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما»؟ قد يقال ذلك ولكن يمكن تخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعا و أمكن إزالته بالأخف كما لو غصب إنسان أرضا فبنى عليها أو غرس فيها ثم طلبها مالكها، فإن الغاصب يؤمر بقلع البناء والغرس مهما بلغت قيمته إلا إذا كان قلعهما يضر بالأرض فإن المالك يتملكهما بقيمتهما مستحقين للهدم والقلع[٢] وتخصيص هذه القاعدة بما إذا تعارض الضرران ولم يقع واحد منهما، وهذا أقوى من دعوى التكرار، لأن التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن، وإلى هذا التخصيص يشير التعبير في القاعدة بقوله: «يزال» في القاعدة الأولى وفي القاعدة الثانية بقوله: «تعارضت»[٣].

دليل القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة: بأن الأصل في هذه القاعدة أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفتا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٠١).

(٢) المجلة المادة ٩٠٦.

(٣) شرح القواعد الفقهية (ص٢٠١).

إلا لضرورة[١].

ويدل على ذلك أيضا: حديث الأعرابي الذي بال في المسجد فقد نهى النبي ﷺ عن زجره. فإذا تعارضت مفسدتان ولا مفر من فعل واحدة منهما ففي هذه الحالة نرتكب أخفهما دفعا لأعظمهما ضررا، فتكون هذه القاعدة تقييدا لقاعدة: «لا يزال الضرر بالضرر» أي: أن الضرر لا يزال ما لم يكن أحد الضررين أعظم فعندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف.

قال السيوطي: ونظير هذه القاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح» فعند تعارض مفسدة ومصلحة يقدم دفع المفسدة غالبًا، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «**إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**»[٢] من غير أن يقول: فيما نهي عنه: ما استطعتم.

ويروى عن بعض الصالحين قولهم: « التخلية قبل التحلية» أي أن تصفية النفس من النقائص وتخليتها من الذنوب يكون قبل تحليتها بالفضائل.

ومعنى ذلك أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، ونقل الحموي عن الكشاف قال: «لترك ذرة مما نهى الله عنه، أفضل من عبادة الثقلين.

والثقلان: الإنس والجن قال الله تعالى: ﴿سَنَفْرُغُ لَكُمْ أَيُّهَ ٱلثَّقَلَانِ ﴿٣١﴾﴾

[سورة الرحمن: آية ٣١].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٩).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٧).

وفي ذلك كله دليل على أن ترك المحظورات أهم من فعل المأمورات، كما أنه يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي[١].

فلو لم يجدك الله حيث أمرك لكان أحسن مما لو يجدك حيث نهاك، لذلك سومح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام في الصلاة، والفطر والطهارة ولم يسامح في الإقدام على المنهيات، وخصوصا الكبائر[٢] فإذا لم يستطع المكلف الصلاة قائما صلى قاعدًا وإذا لم يستطع قاعدا صلى مضطجعا، وفي الصوم إذا لم يستطع الصوم لمشقة تلحقه بأي سبب من الأسباب كسفر أو مرض أو غيرهما من الأسباب فله الفطر.

وكذا من لم يجد ماء للطهارة أباح الشارع له التيمم، ومن فقد الطهورين أباح الشارع له الصلاة بدونها وهكذا.

أما في جانب المنهيات، فلم يسامح في الإقدام عليها وخصوصا الكبائر فقد حرم مقدماتها وكانت لذلك مقدمة الحرام حراما، كما أن مقدمة الواجب واجبة، وحرم الشارع وسائل المنهيات كالنظر بالنسبة للزنا.

وأما فروع هذه القاعدة فهي كثيرة ومنها:

١- المبالغة في المضمضة والاستنشاق: والمضمضة مأخوذة من المض وهو وضع الماء في الفم، وإدارته على جوانب فمه ومجه، ويندب للمتوضئ أن يبالغ بحيث يصل الماء إلى الحلقوم. والاستنشاق هو جذب الماء عن طريق الأنف حتى

---

(١) الوجيز (ص٨٥). لمحمد صدقي.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٧).

يصل إلى خياشيمه[١] وهي أعالي أنفه ونثره بعد جذبه، والمبالغة مسنونة في كل منهما ما لم يكن الإنسان صائما، فإن كان صائما فتكره المبالغة خشية إفساد الصوم لقوله ﷺ: «**لا تبالغ ما كنت صائما**»[٢].

فدل ذلك على أن دفع المفسدة في الصوم أولى من جلب مصلحة المبالغة لأجل الثواب.

٢- **تخليل الشعر**: فإذا كانت لحية الرجل خفيفة وجب تخليلها إن لم يصل الماء إلى باطنها إلا بالتخليل، أما إذا كانت اللحية كثيفة وهي التي تغطي البشرة وتسترها فتخليلها سنة.

وهذا في غير المحرم بحج أو عمرة فإن كان محرما فيكره له تخليل شعره لخوف سقوط شعر منه حتى لا يجب عليه دم وذلك لأن دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

٣- **ومنها لو كان رجل به جرح ولو سجد سال دمه**: فلا يسجد ويصلي قاعدا ويومي بالركوع والسجود ويكون إيماؤه بالسجود أخفض من الركوع، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث. وهذا عند من يوجبون انتقاض الوضوء عند سيلان الدم مع أن ترك السجود أيضًا في هذه الحالة يدفع عن الجريح الدم ونزفه.

٤- **انكشاف العورة في الصلاة**: فلو أن شخصا إذا صلى قائما ينكشف من عورته ما يمنع جواز الصلاة، وإذا صلى قاعدة لا ينكشف منه شيء فإنه يصلي قاعدا لأن ترك القيام أهون من كشف العورة.

---

(١) حاشية الباجوري (١/ ٥٥).

(٢) نيل الأوطار (١/ ٧٢). باب المبالغة في الاستنشاق.

٥- التهديد بالقتل: فلو هدد شخص شخصا آخر بالقتل أو بإلقائه من شاهق أو جبل عال أو منارة فهل له الخيار؟ وهل المفسدتان هنا متساويتان؟ الرأي المختار أن يصبر للقتل فذلك أهون من أن يرمي بنفسه من المنارة لما في إلقاء نفسه من شبهة الانتحار وهو لا يجوز بحال، كما لا يجوز لإنسان أن يستعين بآخر على قتل نفسه[١].

وهذا معناه أن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة بشرط أن تكون المفسدة راجحة، أما إذا كانت المفسدة مرجوحة فتقدم المصلحة ولا ينظر إلى المفسدة. لذلك قال السيوطي: وقد تراعى المصلحة على المفسدة المرجوحة[٢].

ومنها:

١- أن التكلم بالكذب مفسدة ولكن إذا أريد به إصلاح ذات البين فيجوز على قدر الحاجة إليه لأن قبح الكذب الذي لا يضر إذا تضمن مصلحة تربو على قبحه أبيح الإقدام عليه تحصيلا لتلك المصلحة[٣].

٢- ولو أراد ظالم أخذ الوديعة من الوديع غصبا عنه فله أن يكذب وينكر وجودها عنده محافظة على الوديعة لأن حفظ الودائع واجب وإنكارها إحسان[٤].

٣- ومن ذلك: الصلاة مع اختلال شرط من شروطها كالطهارة وستر العورة واستقبال القبلة فإن ذلك مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله تعالى في أن يناجي إلا على أكمل الأحوال ومتى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه، تقديما

---

(١) الوجيز (ص٨٣-٨٤).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٧).

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١/ ١١٢).

(٤) درر الحكام لحيدر (ص٤٥).

لمصلحة فعل الصلاة على مفسدة تركها[١].. فالصلاة بدون الوضوء أو التيمم مصلحة راجحة وعدم الصلاة مفسدة مرجوحة فيقدم فعل الصلاة على تركها.

ولهذا فإن من أراد الصلاة ولا يجد ما يستر به عورته فيصلي من قعود عند الحنفية لأنه أستر له وأوجب لحق الصلاة والناس[٢].

وخالف في ذلك الشافعية فقالوا: يصلي عاريًا من قيام ويتمم جميع الأركان[٣].

٤- وإذا لم يعرف جهة القبلة وتعذر عليه الاستقبال فإنه يصلي لأن ترك الصلاة لعدم معرفة القبلة مفسدة، والصلاة لأي جهة مصلحة وعليه أن يجتهد بقدر الإمكان ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

٥- ومن ذلك قطع اليد المتآكلة حفظا للروح إذا كان الغالب السلامة، فإنه يجوز قطعها، وإن كان إفسادا لها لما فيه من تحصيل المصلحة الراجحة وهو حفظ الروح.

٦- وكذلك حفظ بعض الأموال بتفويت بعضها، كتعييب أموال اليتامى والمجانين والسفهاء وأموال المصالح إذا خيف عليها الغصب، فإن حفظها قد صار بتعييبها فأشبه ما يفوت من ماليتها بدفع أجرة حارسها وحانوتها، وقد فعل الخضر عليه السلام مثل ذلك لما خاف على السفينة الغصب فخرقها ليزهد غاصبها في أخذها[٤].

٦- قاعدة: يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام[٥]:

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٧).

(٢) فتح القدير (١/ ٢٦٤).

(٣) نهاية المحتاج للرملي (١/ ١١).

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٨٧). المجلة مادة: ٢٦، المدخل فقرة ٥٩٣.

هذه القاعدة: تدخل ضمنا في القواعد السابقة، وهي قاعدة مهمة مبنية على مقاصد الشريعة في مصالح العباد وقد استخرجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص.

فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن، وفي سبيل تأييد مقاصد الشرع يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص.

ولهذه الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال وشرع قتل الساحر المضر والكافر المضل لأن أحدهم يفتن الناس والآخر يدعوهم إلى الكفر فيتحمل الضرر الأخص ويرتكب لدفع الضرر الأعم.

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع كثيرة ذكرها السيوطي وغيره ومن هذه الفروع:

١ - جواز الحجر على المفتي الماجن حرصا على دين الناس والطبيب الجاهل حرصا على أرواحهم وعلى المكاري المفلس حرصا على أموالهم وأوقاتهم والمكاري هو الذي يكري الدواب[١] وغيرها.

كما يجوز التسعير على الباعة دفعا لضررهم عن العامة، لأن الإسلام حرم استغلال حاجة الناس فإذا لم يرجع التجار إلا بالتسعير جاز لولي الأمر أن يلجأ إلى التسعير بإلزام التجار بأسعار يحددها لهم، وليس لأحدهم أن يخالفها، لأنها في الواقع تحقق لهم ربحا معتدلا وترفع الظلم عن المحتاج، وقد قال ابن القيم: «وأما

---

(١) المصباح المنير (٢/ ٦٤٣).

التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ومنه ما هو عدل جائز»، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو بمنعهم مما أباح الله لهم، فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب.

فأما القسم الأول: فمثل ما روى أنس قال: «غلا السعر على عهد النبي ﷺ فقالو: يا رسول الله لو سعرت لنا؟ فقال: «**إن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال**»[(١)].

فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق.

وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل.

والتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به[(٢)]. فوجب على ولي الأمر أن يمكن كل إنسان أن يصل إلى ما يحتاجه من السلع بأثمان لا شطط فيها ولا مجاوزة للاعتدال ولا سبيل لذلك إلا بالتسعير.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وصححه سنن أبي داود (ص٧٢٢) كتاب الإجارة باب التسعير.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم (ص٢٤٤-٢٤٥).

٧- قاعدة: درء المفاسد أولى من جلب المصالح:

ومعنى هذه القاعدة: أنه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة فدفع المفسدة مقدم في الغالب على المصلحة إلا إذا كانت المفسدة مغلوبة فتقدم المصلحة لأن اعتناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات، لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي. المراد بدرء المفاسد رفعها وإزالتها فيكون درء المفاسد أولى من جلب المصالح[(١)].

وهذه القاعدة يستدل بقوله لها ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»[(٢)].

ومثل هذه القاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم»[(٣)] والمراد بالمقتضى هنا: الأمر الطالب للفعل فوجود المانع يمنع من الفعل غالبًا. وهذا من باب تغلب جانب الحرمة على جانب الحل.

وبناء على هذه القاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام، أو المبيح والمحرّم غلب الحرام»؛ لأنه في تغليب جانب الحرمة درء مفسدة وتقديم المانع على المقتضى ومن ثم فإنه إذا تعارض دليل يقتضي التحريم وآخر يقتضي الإباحة قدم الحظر في الأصح تغليبا للتحريم ودرءا للمفسدة[(٤)].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٧). وابن نجيم (ص٩٠)، والخادمي (ص٣١٩). والمجلة مادة ٣٠ والمدخل فقرة ٥٩٤، والوجيز (ص٨٥).

(٢) رواه النسائي في باب وجوب الحج بلفظ: إذا أمرتكم بالشيء» ورواه ابن ماجه في المقدمة بلفظ فخذوه»

(٣) قواعد الزركشي حرف التاء.

(٤) المرجع السابق.

وهذه القاعدة يندرج تحتها فروع كثيرة ومن أهم هذه الفروع:

١- إذا وجب على المرأة غسل ولم تجد ما يسترها من الرجال تؤخر الغسل لأن في كشف المرأة على الرجال مفسدة عظيمة.

٢- ومن الفروع لهذه القاعدة أن التجارة في المحرمات ممنوعة من خمر ومخدرات بكل أنواعها وخنزير ولو أن فيها أرباحا كثيرة ومنافع اقتصادية هائلة.

ومنها الرشوة والسرقة والميسر وصنوف المقامرة وجميع المعاملات التي يخالطها الغبن والغش والاحتكار لأنها طرق خبيثة وكل الطرق المؤدية إلى أورام الثراء الخبيث في التجارة والمعاملات محرمة، وعلى الفرد أن يلتزم التزاما دقيقا بتركها وأن يتبين أن كسبه حلال، وأن وسيلته في هذا الكسب فوق الشبهات.

٣- ومن الفروع المندرجة تحتها: إذا اشتبهت امرأة محرمة بأجنبيات محصورات لم يحل الزواج بإحداهن، وأيضًا فإن ما كان أحد أبويه من الحيوان مأكول اللحم والآخر غير مأكول لا يحل أكله على الصحيح، وكذلك لو اختلطت ميتة بمذكاة فهذه شبهة يجب اجتنابها بالإجماع لأنه لا مجال للاجتهاد هنا[١].

٤- ومن الصور المندرجة تحت هذه القاعدة: أنه إذا أرسل كلبه المعلم وشاركه كلب غير معلم في الصيد حرم الأكل من الصيد بهما، وكذلك لو شارك من تحل ذبيحته كمسلم وكتابي مع من لا تحل ذبيحته كمجوسي ووثني حرم المذبوح تغليبا للتحريم[٢].

---

(١) إحياء علوم الدين للغزالي (٥/ ٨٢٩). طبع الشعب.

(٢) محاضرات في الفقه الشافعي طبع دار البيان (ص٢٧).

٥- ومن الفروع ما إذا اختلطت زوجته بغيرها فليس له الوطء بالاجتهاد.

ويستثنى من هذه القاعدة فروع منها:

١- لو رمى سهما على طائر فجرحه ووقع على الأرض فمات يحل أكله وإن أمكن إحالة الموت إلى وقوعه على الأرض، لأن ذلك أمر لابد منه، فعفي عن ذلك وجاز أكله مع اختلاط المبيح بالمحرم.

٢- ومن الفروع المستثناة: أنه يجوز معاملة من أكثر ماله حرام، إذا لم يعرف عينه فإنه لا يحرم في الأصح ولكن يكره معاملته وتشتد الكراهية بكثرة الحرام، وتخف الكراهية بكثرة الحلال[1].

٣- ومنها لو اختلطت امرأة محرَّمة بنسوة قرية كبيرة فله النكاح منهن مع اختلاطهن بمحرَّمة لندرة الوقوع في الحرام[2].

٤- ومن هذه الفروع المستثناة: أنه يجوز مس كتب التفسير والحديث للمحدث سواء كان الأكثر تفسيرا أو قرآنا.

٥- ومن المستثنيات: ما لو جمع في عقد واحد بين من تحل له وبين من لا تحل كمن يجمع بين مسلمة ووثنية، أو يجمع بين أجنبية ومحرم جاز العقد فيمن تحل وبطل في غيرها لأن لكل واحدة حكمها المستقل بها.

٦- ومنها ما إذا اختلط الواجب بالمحرم فتراعى مصلحة الواجب كاختلاط

---

(١) قواعد الأحكام لعز بن عبد السلام (١/ ٨٥).

(٢) المرجع السابق (١/ ٨٤).

موتى المسلمين بالكفار فإنه يجب غسل الجميع نظرا لإقامة مصلحة ذلك في حق المسلمين وقيل: لا يصلى على الجميع، بل ينوي الصلاة على المسلمين خاصة، ويميز بالنية ودليله ما احتج به البيهقي بأن النبي ﷺ مر بمجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين فسلم عليهم[١].

٧- ومن الفروع المستثناة: أن الهجرة على المرأة من بلاد الكفار واجبة وإن كان سفرها وحدها حراما[٢].

٧- قاعدة: القديم يترك على قدمه:

ومعنى هذه القاعدة: أن الأمر المتنازع فيه إذا كان قديما تراعى فيه حالته التي هو عليها من القديم بلا زيادة ولا نقص ولا تغيير ولا تبديل، لأنه لما كان في الزمن القديم على هذه الحالة المشاهدة فالأصل بقاؤه على ما كان عليه ولغلبة الظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي.

والقديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله[٣].

فلو كان لأحد جناح في داره ممدود على أرض غيره، أو كان لداره مسيل ماء في أرض الغير أو كان له ممر إلى داره في أرض الغير، وكان ذلك الجناح أو المسيل أو الممر قديما لا يعرف أحد من الحاضرين مبدأ حدوثه فأراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب الدار من مد الجناح أو المسيل أو المرور في أرضه، أو أراد أن يحول المسيل أو

---

(١) رياض الصالحين (ص٣٦٢) باب تحريم ابتداء الكافر بالسلام.

(٢) قواعد الزركشي حرف الهمزة.

(٣) المجلة العدلية المادة: ١٦٦.

الممر ويغيره عن حاله القديم فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه[١].

وكذلك ليس لصاحب الحق نفسه أن يحوله من جهة إلى جهة أو يصرف الممر مثلًا إلى دار أخرى له، إلا إذا أذن له الآخر وإذا أذن له فيكون للآذن ولورثته من بعده حق الرجوع في هذا الإذن وتكليف صاحب الحق بإعادته إلى الحالة الأولى.

وجه جواز الرجوع: أن ذلك الإذن من قبيل الإعارة وهي غير لازمة بخلاف ما لو بنى صاحب الأرض بناء في الممر بإذن صاحب حق المرور فإنه يسقط حق مروره ولا يكون له بعد ذلك حق المخاصمة مع صاحب الأرض لاستعادته، لأن إذنه ذلك إسقاط لحقه إلا إذا كان صاحب الحق مالكا لرقبة الطريق فلا يمنع من المخاصمة واستعادته بعد إذنه بالبناء، لأن الملك لا يسقط بالإسقاط، فلو قال صاحب المسيل: أبطلت حقي في المسيل فإن كان له حق إجراء الماء دون الرقبة بطل حقه، وإن كان له حق في رقبة المسيل لا يبطل ذلك بالإبطال، ولا يشترط في اعتبار التصرف القديم أن يكون ما يتصرف به قائما في يد المتصرف إلى حين الخصومة بل يكفي أن يثبت المدعي وجوده في يده قبل الخصومة، وأن المدعى عليه أحدث يده عليه ومنع المدعي منه، فإنه يحكم به للمدعي لأن اليد الحادثة لا عبرة بها بل العبرة لليد الحقيقية[٢].

وقد نصوا على أنه لو كان لرجل نهر يجري في أرض غيره لسقي أراضيه وهو

---

(١) المجلة المواد: ١٢٢٤-١٢٢٥-١٢٢٩.

(٢) البحر الرائق شرح الكنز الدقائق كتاب الدعوى (٧/ ٢٥٦).

في يده يكريه ويغرس في حافتيه الأشجار مثلا، فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه فليس له ذلك بل يترك على حاله، لأن من هو في يده يستعمله بإجراء مائه ونحوه فعند الاختلاف يكون القول قوله، فلو لم يكن في يده ولم يكن جاريًا وقت الخصومة فإن كان يدعي رقبة النهر فعليه أن يثبت أنه له، وإن كان يدعي حق الإجراء في النهر فعليه أن يثبت أنه كان يجري من القديم لسقي أراضيه، فيحكم له حينئذ بملك رقبة النهر في الصورة الأولى، وبحق الإجراء في الثانية، وبمثل ذلك يحسم الاختلاف إذا وقع في حق المرور أو حق المسيل في أرض أو على سطح أو في دار أو في طريق خاص أو بين علو وسفل[١].

والمراد بالطريق الخاص هو ما كان مملوكا رقبة لقوم وليس للعامة فيه حق أصلا، كما إذا كانت أرض مشتركة بين قوم بنوا فيها مساكن وجعلوا بينهم منها طريقا حتى كان مملوكا لهم على الخصوص.

فأما إذا كانت السكة مختطة من الأصل فحكمها حكم طريق العامة ولو غير نافذة إذ هي ملك العامة ألا ترى أن لهم أن يدخلوها عند الزحام وهذا التفسير يأتي في جميع الأحكام التي تذكر في الطرق غير النافذة[٢].

وقد اختلف الرأي في اعتبار التصرف القديم في الحقوق، فقال المرحوم خير الدين الرملي: لابد من إقامة البينة على الحق المدعى به بخصوصه لأن الدعوى

---

(١) شرح القواعد الفقهية (ص٩٧).

(٢) جامع الفصولين الفصل الخامس والثلاثون (ص٢٦٣) نقلا عن شرح القواعد الفقهية (ص٩٧).

والشهادة فيها ليست من قبيل دعوى التصرف القديم المفسر بما تقدم ولا من قبيل الشهادة به كما هو ظاهر ولكن كتب المذهب الحنفي صرحت بلزوم اعتباره وهو الاستحسان وعليه الفتوى فلو ادعى أحد[1] الخصمين الحدوث وادعى الآخر القدم فالقول قول من يدعي القدم والبينة على من يدعي الحدوث.

بقي أمر يكثر وقوعه وأحب أن أتعرض له بشيء من الإيضاح وهو: ما لو ادعى أحد الخصمين الحدوث وادعى الآخر طول الزمن فهل يكلف مدعي الحدوث البينة أو يكلف البينة مدعي طول الزمن؟ قد يقول قائل بالأول، وأنه إذا ثبت الحدوث لا تسمع دعوى طول الزمن، وذلك لأن مدعي القدم يدعي مضي مدة على الأمر المتنازع فيه هي أضعاف مدة طول الزمن، لأن القديم ما لا يوجد من يعرف أوله وهذا لا يكون غالبًا إلا بعد أن يمضي عليه أكثر من ثمانين أو تسعين سنة، وقد قلنا في قاعدة: «العبرة في العقود للمعاني»، إن كون العبرة للمعاني يجري في الدعاوى والخصومات أيضا، فكأنه بدعوى القدم يدعي طول الزمن مضاعفا، ولم يجعلوا له، والحالة هذه غير كون القول قوله فقط، ولم يجعلوا البينة بينته بل جعلوا البينة بينة مدعي الحدوث بلا استثناء.

ولو قلنا: بتقديم بينة طول الزمن لم يبق من فائدة لتدوين ما بني على اعتبار القدم والحدوث من الأحكام، ولأصبح كثير من مواد المجلة التي تدور عليها معطلا عن العمل به وليس ذلك بالأمر السهل، وقد يقول قائل بتقديم بينة مدعي

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية والمادة: ١٧٦٨ من مجلة الأحكام العدلية.

طول الزمن وذلك لأن مدعيه يدعي عدم صلاحية الحاكم لرؤية الدعوى عليه، فهو في الحقيقة ينازع الحاكم في ذلك قبل الدخول في الدعوى، فإذا ثبت طول الزمن تبين أن الحاكم ليس بحاكم في هذه الدعوى واختار جهة الدخول في الدعوى وأجاب خصمه عنها وذلك منه تسليم لصلاحية الحاكم لسماع الدعوى عليه وحيث كان خصمه يدعي الحدوث فالبينة بينته وهذا بلا شك أوجه وأمتن[١].

٨- قاعدة: الضرر لا يكون قديما:

وهذه القاعدة معناها: أن الضرر قديمه كحديثه في الحكم فلا يراعى قدمه ولا يعتبر، بل يزال وليس المراد أنه لا يتصور تقادم عليه بحيث لا يوجد من يعرف أوله.

وهذه القاعدة بمنزلة القيد للقاعدة التي قبلها وهي القديم يترك على قدمه، فوضعت عقبها لإفادة أن القاعدة السابقة ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بأن لا يكون ضرر فلو كان ضرر فإنه يزال ولا عبرة بقدمه.

فإذا كان مضرا فإن ضرره يكون دليلا على أنه لم يوضع بوجه شرعي إذ لا يوجد وجه شرعي يجوّز الإضرار بالغير[٢] ثم إن المراد بالضرر الذي يزال ولا يراعى قدمه ما كان ضررا بينا وهو الضرر الفاحش.

وبيان ذلك أن الضرر قسمان: أحدهما: عام، والثاني: خاص.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٩٨-٩٩).

(٢) المجلة المادة: ١٩.

أما الضرر العام: فإنه يزال مطلقا بلا تفصيل فيه بين فاحش وغيره؛ لأن كونه عاما يكفي لاعتباره فاحشا، كما لو كان لدار مسيل ماء، أو أقذار في الطريق العام يضر بالمارين، أو غرفة بارزة وطيئة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها، فإن كل ذلك يزال مهما كان قديما[١].

وأما الضرر الخاص فهو نوعان فاحش وغير فاحش.

والنوع الأول: الفاحش، فهذا يزال كما يزال الضرر العام، ولا عبرة لقدمه، فلو كان لرجل مسيل ماء أو أقذار يجري في دار آخر من القديم، وكان يوهن بناء الدار أو ينجس ماء بئرها، فإن لصاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضرر بصورة تحفظ البناء من التوهين والماء من التنجيس بأي وجه كان وهذا ومثله يؤمر صاحبه برفعه ولا عبرة للقديم والحديث في هذا، فإن لم يرفعه يرفع الأمر إلى صاحب الحسبة ليأمره بالرفع.

وكذلك لو كان داران قديمتان ولإحداهما شباك من القديم على مقر النساء في الدار الأخرى فإن صاحب الشباك يجبر على إزالة هذا الضرر بمنع النظر بوجه من الوجوه، فلو كانت الدار التي فيها الشباك هي قديمة فجاء آخر فأحدث بجانبها دارا بحيث صار الشباك مشرفا على مقر النساء فيها، فإن صاحب الدار الحديثة هو الذي يكلف حينئذ بإزالة هذا الضرر عن نفسه لأنه هو محدثه والمتعرض له[٢].

---

(١) المجلة المادة: ١٢١٤-١٢٢٤.

(٢) المجلة العدلية المادة: ١٢٠٧.

والنوع الثاني: الضرر الخاص وهو الضرر غير الفاحش، وذلك كما لو كان لدار رجل حق إلقاء القمامات والثلوج أو له حق المسيل في أرض الغير أو في طريق خاص، فإن كل ذلك فيه نوع ضرر ولكنه دون الضرر السابق الفاحش، فإذا كان من القديم يعتبر قدمه ويراعى ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق لأنه حينئذ يمكن أن يكون مستحقا بوجه من الوجوه الشرعية، وقد بينت المجلة الضرر الفاحش بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء كالسكني أو يضر بالبناء ويوهنه، وهذا الضابط ليس دقيقا في تمييز الفاحش من غيره لأن الحوائج الأصيلة كلمة مجملة تتنازع فيها العقول والأفهام وتختلف في تحديدها.

لذلك يمكن القول بأن الضابط هو: أن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية فهو ليس بضرر فاحش، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديما، وما لا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي فهو ضرر فاحش يرفع مهما كان قديما[1] فمثل توهين بناء الغير وتنجيس ماء بئره والنظر إلى مقر النساء لا يمكن أن يستحقه الإنسان على الغير بوجه من الوجوه، ويؤيد هذا الضابط أن علة وجوب إبقاء القديم على قدمه هي نفس غلبة الظن بأن ما وضع إلا بوجه شرعي.

٩- قاعدة: يختار أهون الشرين:

هذه القاعدة هي نفس قاعدة: إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما وما قيل فيها يقال في هذه طلبا للاختصار وحذرا من الطويل.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٠٣).

القاعدة الخامسة: العادة محكمة

معنى القاعدة:

وهذه القاعدة معناها: أن العادة عامة كانت أو خاصة تعتبر محكمة عند النزاع لإثبات حكم شرعي لم يقم دليل ينص على خلافه بخصوصه، أو قام الدليل ولكنه كان عاما، لأن العادة دليل يبنى عليه الحكم الشرعي(١).

والمراد من كونها عامة أو خاصة أن تكون العادة التي يبنى عليها الحكم الشرعي مطردة أو غالبة في جميع البلدان، أو في بعضها، فالاطراد والغلبة شرط لاعتبار العادة سواء كانت عامة أو خاصة(٢).

وبناء عليه تكون العادة هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والعادة مأخوذة من المعاودة مرة بعد أخرى.

وقد اعتبر الفقهاء العادة في استعمالاتهم، والأئمة المجتهدون اعتبروا العادة في استنباط الأحكام والقاضي اعتبرها فيما يرفع إليه من الدعاوى إذا ما أصبحت العادة معهودة وجارية بين الناس.

ومن المعلوم أن النص أقوى من العرف والعادة، فلو أن إنسانا وضع الطعام أمام الضيفان بحكم العرف والعادة فإن وضع الطعام يتضمن الإذن للضيفان بتناوله إلا أن صاحب البيت لو صدر منه أمر بالمنع من تناول الطعام فهذا نص

---

(١) درر الحكام (ص٤٠) بتصرف في العبارة.

(٢) المجلة المادة: ٤١-٤٢.

يخالف العرف والعادة فعلى الضيف أن يعمل بحكم النص ويمتنع عن الطعام ولا يعمل بالعرف والعادة، فإذا أكل شخص ممن حضر هذه المأدبة يكون مخالفا للنص فيكون ضامنا لما أكل قبل صدور الإذن بالأكل[١].

وهذه القاعدة قامت عليها الأدلة من الكتاب والسنة:

١ - أما الكتاب: فقد ذكر صاحب المواهب السنية أنه يمكن الاستدلال على اعتبار العادة بقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ ۖ وَسَآءَتْ مَصِيرًا ﴿١١٥﴾﴾

[سورة النساء: آية ١١٥]

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أن السبيل معناه الطريق وسبيل المؤمنين طريقتهم التي استحسنوها.

وقد أوعد الله تعالى بالعقاب من اتبع غير سبيلهم فدل على أن اتباع سبيل المؤمنين واجب[٢] فتكون العادة محكمة فيجب العمل بها ولا ينافي هذا أن تكون الآية دليلا على حجية الإجماع كما هو مشهور عن الإمام الشافعي ﷺ.

٢ - وأما دليل السنة: على اعتبار أن العادة محكمة فقد دل عليها قوله ﷺ: «**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن**».

وهذا الحديث معناه صحيح، والكلام في السند. وفي سند هذا الحديث قال

---

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح (ص١٦٦).

(٢) الفوائد الجنية على المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية (١/ ١٨٥).

العلائي: ولم أجده مرفوعا[١] في شيء من كتب الحديث أصلا، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف وإنما هو من قول ابن مسعود موقوفا عليه.

ومع هذا فالحديث يدل على المطلوب سواء روي مرفوعا إلى النبي ﷺ أو روي موقوفا على ابن مسعود ﷺ، لأن سياق الحديث يوحي أن المراد بالمسلمين: الصحابة وأئمة السلف والخلف من أهل الحل والعقد والغيرة على الإسلام والمسلمين.

وهذا ما يفهم من كلام الآمدي، وابن حزم، والشاطبي في كتابه الاعتصام[٢]. حيث يقول: «إن المسلمين صيغة عموم واللام فيها للاستغراق الذي يدل على إجماع أهل الحل والعقد، وما رآه أهل الإجماع حسنا فهو عند الله حسن» ويكون الحديث بهذا المعنى حجة.

وبذلك تتضح دلالة الحديث على اعتبار العادة في التشريع الإسلامي[٣].

٣- **وأما دليل الإجماع**: على اعتبار العادة محكمة، فقد أجمع أهل العلم على أن العادة محكمة في الأمور التي تتكرر عادة لأنها وليدة الحاجة والمصلحة التي لا تتعارض مع النصوص الشرعية ومقاصد الشريعة العامة. ومن ذلك ما تعارف الناس عليه في زمن النبي ﷺ فقد تعارفوا أمورا تتعلق بشؤون الحياة فلم يحرمها الرسول ﷺ ولم ينه عنها فدل على جوازها.

---

(١) الحديث المرفوع ما تصل سنده برسول الله صلى الله عليه وسلم دون انقطاع، والموقوف ما ارتفع سنده إلى الصحابة فقط.

(٢) الاعتصام للشاطبي (٣/ ١٣٧)، والإحكام لابن حزم (٢/ ١٣٠).

(٣) العرف وأثره في التشريع الإسلامي (ص١٨١).

وبذلك فقد وضح اعتبار العادة في التشريع بهذا الدليل الذي سقناه من الكتاب الكريم فإنه لما دل على اعتبارها جاءت السنة مبينة لما جاء به.

ولما علم الفقهاء بأن الكتاب والسنة دَلَّا على اعتبار العادة لم يجدوا بدًّا من الإجماع على اعتبارها فيما ليس فيه نص شرعي من الأحكام المطلقة فكانت العادة مستندا ودليلا يحكم في الوقائع والتصرفات المستحدثة في كل زمان ومكان.

فروع القاعدة:

وأما فروع هذه القاعدة: فقد ذكرها السيوطي بقوله: واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل تعد كثيرة[1] لاعتبار العرف والعادة حكما ومناطا للأحكام وعطف العرف على العادة من عطف العام على الخاص ومن أهم الفروع لهذه القاعدة:

١ - سن الحيض: فإن أقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين قمرية، وثبت ذلك بالاستقراء الذي أجراه الشافعي على عادات النساء فهو قد سأل فأخبر بأن البنت تحيض في سن تسع سنين[2] والمعتبر في الاستقراء التقريب لا التحديد لأن الاستقراء الكامل مستحيل فالحكم هنا نتيجته ظنية حيث ثبت بالاستقراء الناقص، والأخذ بالظن رحمة من الله بعباده وهو من أسباب اختلاف الفقهاء في مسائل الفقه فتكون العادة محكمة، لأن ما ورد في الشرع ولا ضابط له شرعي ولا لغوي يتبع فيه

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٩).

(٢) شرح المحلي على المنهاج (١/ ٩٨).

الوجود[١] والوجود معناه الاستقراء.

٢- **ومن الفروع: البلوغ**: ومرجع البلوغ إلى العرف حيث جرت العادة بأن الغلام إذا احتلم يحكم ببلوغه، وإذا لم يحتلم فلا يحكم ببلوغه حتى يتم خمس عشرة سنة وهذا مبناه على العرف والعادة الجارية وعليه فالعادة محكمة، ويقضي ببلوغ البنت بنزول دم الحيض أو بالاحتلام أو ببلوغها السن المذكورة وهي خمس عشرة سنة.

٣- **ومنها: الإنزال**: فهو يختلف باختلاف البلاد رطوبة وحرارة، فالولد في البلاد الحارة التي تكون على خط الاستواء أو قريبا منه يكون أسبق في البلوغ من الولد في البلاد الباردة، ويختلف كذلك باختلاف الأشخاص في القوة والضعف والصحة والمرض فدل على اعتبار العرف والعادة فتكون العادة محكمة.

٤- **ومنها: أقل الحيض وأكثره**: والحيض هو الدم الخارج من قبل المرأة حال صحتها من غير سبب ولادة ولا افتضاض[٢] وأقل مدة تحيض فيها المرأة يوم وليلة على المذهب، وأكثره خمسة عشر يومًا، وغالبه ست أو سبع[٣].

وأقل النفاس لحظة وأكثره ستون يوما وغالبه أربعون يوما، وأقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوما وغالبه تمام الشهر بعد الشهر، ولا حد لأكثر الطهر بين الحيضتين لأن من النساء من لا تحيض في عمرها إلا مرة واحدة أو كل سنة يوما

---

(١) نهاية المحتاج ١ (ص٢٣٤).

(٢) فقه السنة للشيخ سيد سابق (١/ ٦٣).

(٣) روضة الطالبين (١/ ١٣٤).

وليلة، وكما وجد من لا تحيض أصلا[1] فقد روي أن امرأة ولدت على عهد النبي ﷺ فلم تر الدم، فسميت ذات الجفوف حيث إن ولادتها جافة[2] وثبت ذلك بالاستقراء وكان موجودا ومشاهدا بين الناس والعادة تحكم به.

٥- **ومن الفروع: الأفعال المنافية للصلاة:** قال الإمام النووي: إن الفعل الذي ليس من جنس الصلاة إن كان كثيرًا أبطلها بلا خلاف وإن كان قليلا لم يبطلها بلا خلاف هذا هو الضابط، ثم اختلفوا في ضبط القليل والكثير والصحيح المشهور وبه قطع الجمهور أن الرجوع فيه إلى العرف والعادة فما يعده الناس كثيرًا بحيث إذا رؤى المصلي وهو يفعلها خيل للناظر أنه لا يصلي تبطل الصلاة به وإلا فلا وذلك بناء على العرف فتكون العادة محكمة فما عده الناس كثيرًا كخطوات كثيرة متوالية وفعلات متتابعة فتبطل به الصلاة.

أما ما يعده الناس قليلا كالإشارة برد السلام وخلع النعل ورفع العمامة ووضعها ولبس ثوب خفيف ونزعه وحمل صغير ووضعه، ودفع مار وأشباه هذا فالصحيح المشهور أن الصلاة لا تبطل به وكل ذلك مرجعه إلى العرف والعادة فتكون العادة محكمة.

٦- **ومن الفروع**: قليل النجاسة وكثيرها: وهي لغة ضد الطهارة، وشرعا قذر مخصوص يمنع جنسه الصلاة. والنجاسة يجب اجتنابها، والاجتناب معناه التباعد

---

(١) حاشية الروض المربع للنجدي (١/ ٣٧٦).

(٢) حاشية الروض المربع للنجدي (١/ ٣٧٦).

فيجب إبعادها عن بدن المصلي وثوبه ومكان صلاته حيث لم يُعْفَ عنها لقوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ﴾ [سورة المدثر: آية ٤]، ولحديث «**تنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه**»[١].

وإذا كانت النجاسة غير نجاسة الكلب والخنزير فيعفى عن قليلها دون كثيرها ومرجع القلة والكثرة العرف الجاري بين الناس، فما يعده الناس قليلا يعفى عنه وما يعدونه كثيرًا لا يعفى عنه، وللعلماء في قليل النجاسة وكثيرها مذاهب: فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن قليل النجاسة معفو عنه وحدده بقدر الدرهم وشذ محمد بن الحسن فقال: إن كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة، وذهب الإمام مالك إلى أن قليل النجاسة وكثيرها سواء إلا الدم وإذا صلى وفي ثوبه روث أو بول ما لا يؤكل لحمه من الدواب وكان أكثر من قدر الدرهم لم تجز صلاته، والأصل عنده أن القليل من النجاسة في الثوب لا يمنع من جواز الصلاة.

وذهب الإمام الشافعي إلى أنه: إذا كانت النجاسة بحيث يقع بصره عليها يمنع جواز الصلاة لأن الطهارة من النجاسة العينية شرط جواز الصلاة كالطهارة من الحدث الحكمي فكما أن الشرط ينعدم بالقليل من الحدث وكثيره فكذلك ينعدم بالقليل من النجاسة[٢]. والقلة والكثرة مرجعها العرف الجاري بين الناس فتكون العادة محكمة.

---

(١) رواه الدارقطني وغيره عن أبي هريرة وصحح الحافظ إسناده وأعله أبو حاتم، انظر: الروض المربع حاشية النجدي (١/ ٥٣٠).

(٢) بداية المجتهد (١/ ٧٥)، المجموع (١/ ٢٤٨).

٧- **ومنها: الموالاة في الوضوء**: والموالاة ركن في الوضوء عند المالكية وسنة عند الشافعية والمعتبر طول الزمان وقصره بالنسبة للموالاة في الوضوء هو العرف وهذا هو الوجه الأول، والوجه الثاني: أن لا يجف العضو الأول قبل الشروع في الثاني مع اعتدال الهواء والمزاج والزمان والمكان، فإذا مضى بين العضوين زمن يجف فيه المغسول مع اعتدال الزمان وحال الشخص فهو كثير وإلا فهو قليل.

ومن ثم فلا اعتبار بتأخر الجفاف بسبب شدة البرد ولا بتسارع الجفاف لشدة الحر، ولا بحال المبرود والمحموم، ويعتبر التفريق من آخر الفعل المأتي به من أفعال الوضوء[1] والمدقق للنظر يجد أن الوجه الثاني يرجع إلى الأول فهما متفقان.

٨- **ومن الفروع: الموالاة بين الصلاة في الجمع**: والمولاة بين الصلاتين معناها أن يصلي الثانية بعد الأولى بغير فاصل يعد تأخيرا عرفا وإلا بطل الجمع عند الشافعية وتصلى الثانية في وقتها، فالحكم في الموالاة يرجع إلى العرف وشرط الجمع عند الشافعي النية والموالاة.

٩- ومنها: **الموالاة بين الخطبة وصلاة الجمعة**: فلكي تصح الخطبة لإقامة صلاة الجمعة لابد من الموالاة العرفية بين الخطبة والصلاة في صلاة الجمعة بحيث لا يعد في نظر الناس أنه فصل بينهما بفاصل كبير وإلا وجب على الخطيب أن يعيد الخطبة ثم الصلاة فالمحكم هنا في طول الفصل وقصره العرف والعادة فالعادة محكمة.

١٠- ومنها: **الفصل بين الإيجاب والقبول**: الفصل بين الإيجاب والقبول يبطل

---

(١) المجموع للنووي (١/ ٣-٤).

الإيجاب في جميع العقود إذ يشترط فيها ألا يفصل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ولا سكوت طويل فإذا كان الفاصل طويلا عرفا بطل الإيجاب، ولابد من إيجاب جديد فالمحكم في طول الفاصل وقصره العرف والعادة فتكون العادة محكمة.

١١- **ومنها: السلام ورده:** أما إلقاء السلام فهو سنة كفائية وأما الرد فهو واجب كفائي والرد فوري عرفًا، لأنه من وسائل المحبة، فالمحكم في طول الفاصل وقصره العرف والعادة وعليه فالعادة محكمة، ويلاحظ أن إلقاء السلام أفضل من رده لأن الذي ألقى بدأ أولا بالتكريم قال تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [سورة النساء: آية ٨٦].

وقال رسول الله ﷺ: «**للمسلم على المسلم ست: يسلم عليه إذا لقيه، ويشمته إذا عطس، ويعوده إذا مرض، ويجيبه إذا دعاه، ويشهده إذا توفي، ويحب له ما يحب لنفسه، وينصح له بالغيب**»(١).

١٢- **ومن الفروع: قبول القاضي الهدية:** وقبول القاضي الهدية فيه تفصيل فإذا كانت الهدية من شخص اعتاد أن يهدي القاضي قبل توليته ثم أهدى له بعد التولية فلا شيء لأن العادة محكمة بشرط أن لا يزيد المهدي على ما اعتاده قبل التولية وإلا حرم الإهداء ووجب إعادة الهدية ووجه ذلك أن التهمة في إعطاء الهدية منتفية مادامت بنفس القدر الذي اعتاده قبل التولية وذلك لأن المنع من قبول القاضي الهدية إنما يكون من أجل الخصومة فالتهمة منتفية بدليل وجود المهاداة قبل

(١) سنن الدارمي (٢/ ٢٧٦).

التولية[1].

وإذا لم تكن له عادة حرم الإهداء لأن الهدية رشوة مقنعة في صورة الإهداء، لأنه إنما أهدي إليه للقضاء، نعم لو لم تسبق عادة في الإهداء ثم أهدي إليه بعد التولية، وليس في محل القاضي نظر: إن كان له مصلحة حرم وإلا فلا يحرم الإهداء، وإذا كانت عادته الإهداء إلى القاضي ثم زاد في مقدار الهدية فتحرم لأنه يشترط اتحادها كما وكيفا وجودة.

ويرى علاء الدين الطرابلسي أن الأولى للقاضي أن لا يقبل الهدية مطلقا لوجود التهمة حيث يصدق القول: إذا دخلت الهدية من الباب خرجت الأمانة من الشباك[2].

١٣- ومنها: القبض والإقباض: ويكون القبض من المشتري والإقباض من البائع والمراد بالقبض: قبض المبيع بالكيفية المتعارف عليها بين الناس فتسليم البيت يتم إذا أخلي من أمتعة البائع وتسليمه للمشتري، ولكن هذا العرف قد تغير، فالتسليم يتم بالتخلية فقط فإن كان الثمن منقولا يقبض البائع بما يراه العرف وإن كان غير منقول فالتسليم يتم بالتخلية بينه وبين المشتري، فالحكم في القبض والإقباض يرجع إلى العرف فتكون العادة محكمة.

١٤- ومن الفروع: التأخير المانع من الرد بالعيب: يكون الرد بالعيب على

---

(١) كشاف القناع على الإقناع (٦/ ٣١٧). المغني والشرح الكبير (١١/ ٤٣٧).

(٢) معين الحكام (ص١٧)، والمبسط (١٦/ ٨٢).

الفور متى علم المشتري به فإذا تأخر في الرد عرفا سقط حقه.

وضابط التأخير وعدمه العرف والعادة، فتكون العادة محكمة، إنما كان الرد بالعيب على الفور، لأن الرد على التراخي يتضرر به البائع والرد على الفور لا يعني المبادرة[1] فورا فقد يحتاج بعد علمه بالعيب إلى التروي لينظر إلى ما هو الأصلح له ولكن ينبغي أن تكون مدة الانتظار بالقدر الذي يحتاج فيه التروي حسب العرف فتكون العادة محكمة.

١٥- ومنها: المعاطاة في البيع: والمعاطاة: هي الأخذ والعطاء بدون صيغة في عقد البيع وفيها خلاف: فالشافعية يقولون: لابد من صيغة لفظية في عقد البيع.

وقال المالكية والحنابلة: تقوم المعاطاة مقام الصيغة وعلى القول بجواز المعاطاة في البيع فإنها تكون في العظيم والحقير، لأن إلزام الناس بالصيغ فيه مشقة والعرف جرى بالتعامل بالمعاطاة والشارع الحكيم يلزمنا بذلك لقوله ﷺ: «**ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن**» وعليه الفتوى فتكون العادة محكمة.

١٦- ومنها: دخول الحمام ودور القضاء والولاة: والعرف هو المتبع في دخول الحمَّام فهناك في بعض البلاد يكون الدخول بالإذن وفي بعضها بالتعاقد، وفي بعضها يكون بعد استيفاء المنفعة وهذا بالنسبة للدخول بالأجرة.

كذلك يكون العرف هو المتبع في دخول دور القضاء والولاة والعرف الجاري الآن يقضي أن يكون الدخول بواسطة الحاجب عند القاضي والوالي فالمحكم في

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٧٧).

الدخول العرف[١].

١٧ - **ومنها: السباق**: والمسابقة بالخيل والإبل والبغال والحمير والفيلة والرمي بالسهام وغيرها كالجري والسباحة تصح بعوض وبغير عوض لقوله ﷺ: «**ولا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر**»[٢] وعن أنس قال: كانت لرسول الله ﷺ ناقة تسمى العضباء وكانت لا تسبق فجاء أعرابي على عقود له فسبقها فاشتد ذلك على المسلمين وقالوا: سُبقت العضباء فقال رسول الله ﷺ: «**إن حقا على الله أن لا يرفع شيئا من الدنيا إلا وضعه**»[٣] وفيه دليل على جواز السباق للحصول على الجائزة فإن كانت من غير المتسابقين جاز ذلك عند الجمهور.

أما إذا دفع كل منهما مبلغا من المال فمن غلب أخذهما فإن هذا مما وقع الاتفاق على منعه، فإذا كانت عادة في مسافة من وصل إليها أولا استحق الجائزة ينزل المطلق فيها على ما جرى به العرف وعليه فالعادة محكمة.

١٨ - **ومنها: المبارزة**: يقال: برز له إذا خرج لينازله بالسيف[٤] وبارز في الحرب مبارزة فهو مبارز أي مقاتل، فإذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط، وقد كانت المبارزة ضربا من ضروب الحرب في عهد الرسول ﷺ وذلك أن يخرج رجل جلد من صفوف المسلمين ومثله من

---

(١) محاضرات في قواعد الكلية (ص٤٩).

(٢) نيل الأوطار للشوكاني (٨/ ٨٩).

(٣) المرجع السابق (٨/ ٧٨).

(٤) المعجم الوجيز (ص٤٥) مادة: برز، والمصباح المنير (١/ ٥٦).

صفوف المشركين فإذا خرج شخص للمبارزة أصبح آمنا فلا يشترط الأمان إن وجد العرف والعادة في الأصح وإن لم يوجد هذا العرف اشترط الأمان وعليه فالعادة محكمة، ومقابل الأصح لا تنزل العادة منزلة الشرط وعليه فالأمان غير مشروط وعلى ذلك يجوز قتله إلا أن هذا لا يليق بأخلاق المسلمين.

وبناء عليه فلا يجوز قتله إذا خرج للمبارزة إذا لم يشترط الأمان لأن العادة تنزل منزلة الشرط والمسلم ليس من طبعه الغدر وإذا طلب المبارزة كافر استحب الخروج إليه لأننا إذا لم نجبهم ظنوا الضعف بنا.

ومحل هذا إذا كان بيننا من يقوى عليه وإلا كانت الإجابة بالمبارزة غير مستحبة ولذلك قالوا: لا تجوز المبارزة إلا بإذن الإمام. وتكون بدونه جائزة مع الكراهة، فقد طلب المبارزة عتبة بن ربيعة في يوم بدر ومعه ابنه وأخوه فنادى: من يبارز؟ فخرج له شباب من الأنصار فقال: «ومن أنتم؟ فأخبروه فقال: لا حاجة لنا فيكم، إنا أردنا بني عمنا، فقال رسول الله: قم يا حمزة، قم يا علي قم يا عبيدة، فأقبل حمزة إلى عتبة وأقبل علي إلى شيبة وأقبل عبيدة إلى الوليد، فأثخن كل واحد صاحبه ثم مالوا إلى الوليد فقتلوه واحتملوا عبيدة جريحا[1].

وهذا دليل على جواز المبارزة وعلى أن يعين كل من المتبارزين بعضهم بعضا[2].

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني (٧/ ٢٩٣). باب ما جاء في المبارزة.

(٢) المرجع السابق.

القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة

القاعدة الأولى: استعمال الناس حجة يجب العمل بها[١]:

وهذه القاعدة معناها: أن عادة الناس حجة يجب العمل بموجبها إذا لم تكن مخالفة للشرع لأنه يستحيل تواطؤهم على الكذب والضلال لكثرتهم واختلاف أقطارهم، ولكن لا مانع من تبدل الحكم المبني على استعمال الناس المخالف لنصوص الفقهاء المبنية على العرف أو الاجتهاد والرأي إذا تبدل العرف وكان الاستمرار على الحكم السابق فيه مشقة تصيب العباد.

ومن ذلك عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة الآن فعلي الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود مع أن ذلك مخالف لما نص عليه أبو حنيفة رحمه الله من الاكتفاء بظاهر العدالة بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة ولكن أبا يوسف ومحمدا نصا على أنه لا يكتفى بذلك الظاهر لفشو الكذب في زمانهما.

ومن ذلك تضمين الساعي بالنميمة مع مخالفة ذلك لقاعدة الضمان على المباشر دون المتسبب ولكن لكثرة السعاة المفسدين أفتوا بتضمينه[٢].

وهذه القاعد معناها يتفق مع معنى القاعد الكبرى وهي: العادة محكمة وهي

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة: ٣٧، والمدخل فقرة: ٦٠٥، وابن رجب القواعد (ص١٢١)، الوجيز (ص١٦٨).

(٢) رسالة نشر العرف لابن عابدين (ص١٢٦)، نقلا عن الوجيز (ص٨٦٩) وشرح المجلة (ص٤٢) بتصرف.

شاملة في معناها لمعنى العرف العملي والعرف القولي.

أولًا: العرف العملي:

أما العرف العملي فهو اعتياد الناس تعطيل بعض الأيام من كل أسبوع عن العمل وكاعتيادهم عند بيع الأشياء الثقيلة أن تكون حمولتها إلى بيت المشتري على البائع واعتيادهم تقسيط أجور العقارات السنوية إلى أقسام معدودة وتعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب من المهر وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق، فهذه التصرفات وغيرها تكون محكومة بالعرف العملي.

وبناء على هذا فلو وَكَّل زيد محمدًا بأن يشتري له خبزا أو لحما وكان من عادة الناس في تلك البلدة أكل خبز خاص ولحم خاص، فليس للوكيل أن يشتري للموكل خبزا من نوع آخر أو لحما من غير ما اعتادوه اعتمادا على إطلاق الموكل لأن العرف هنا يخصص هذا الإطلاق فيسمى عرفا عاما مخصصا.

ثانيًا: العرف القولي:

وأما العرف القولي: فهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهما بمجرد سماعه.

وهذا العرف يسمى عند الحنفية والشافعية عرفا مخصصا فلو قال شخص لآخر في مصر: اشتر لي سيارة بثلاثين ألفا فإنه يلزم الوكيل أن يشتري بالجنيه المصري لأنه المتعارف عليه هنا عند الإطلاق وليس له أن يشتري بعملة بلد من الأقطار العربية أو الأوروبية.

فروع القاعدة:

من أهم فروع هذه القاعدة: أنه إذا استعان شخص بآخر على شراء عقار أو منقول وبعد وقوع البيع طلب أجرة فينظر إلى تعامل أهل السوق فإذا كان إعطاء الأجرة معتادا في مثل هذه الحالة استحق أجرة المثل.

وكذلك: يحكم بوقف الكتب الشرعية العلمية والمصاحف الشريفة ويكون الوقف صحيحا إذا تعورف في بلدة وقف المنقول مع أن الوقف غير صحيح في المنقول في الأصل.

القاعدة الثانية: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت:

فلكي يعتبر العرف صحيحا يشترط فيه الاطراد والغلبة والمراد من الاطراد في العرف أن يكون العمل به مستمرا بحيث لا يختلف في جميع الأوقات والحوادث، وقد يعبر عن الاطراد بالعموم قال السيوطي[(١)]: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإذا اضطربت فلا». قال إمام الحرمين في باب الأصول والثمار: «كل ما يصح في اطراد العادة فهو المحكم ومضمر كالمذكور».

وقال ابن نجيم[(٢)]: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت». ولذا قالوا: في البيع لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠١). مجلة الأحكام مادة: ٤١-٤٢، والمدخل الفقهي فقرة: ٦٠٦-٦٠٧ (١/ ٨٧).

(٢) الأشباه والنظائر (ص٩٤-٩٥).

والرواج انصرف البيع إلى الأغلب. قال في الهداية: لأنه المتعارف فينصرف إليه.

وأما الغلبة فمعناها: أن يكون العمل بالعرف كثيرًا ولا يختلف إلا قليلا لذلك قال الفقهاء: إن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط كما تنزل منزلة صريح الأقوال في النطق بالأمر المتعارف وقد فرع الفقهاء على ذلك بأن التوكيل في البيع المطلق يتعين بثمن المثل وغالب نقد البلد الذي فيه البيع تنزيلا للغلبة منزلة النطق به صريحا[1]. فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان وإلا بطل البيع. فالمراد بالغلبة هنا أن يكون جريان أهله عليه حاصلا في أكثر الحوادث أو عند أغلب الناس.

القاعدة الثالثة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر:

فالاطراد والغلبة والشيوع شرط لكي يعتبر العرف صحيحا والمراد من الشيوع هنا اشتهار العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس، وإذا كان العرف الخاص لا يعتد به في الأصح في تخصيص النص أو الأثر، فأولى بذلك العرف النادر استعماله.

وأما تساوي عمل الناس وعدمه بالعادة أو العرف فيسمى حينئذ عرفا مشتركا، والعرف المشترك لا يصلح مستندا ودليلا للرجوع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة.

وقد ضرب الفقهاء مثلًا للعرف المشترك فقالوا: إذا جري عرف البلد الذي حدث فيه الزواج بأن جهاز الأب لابنته من ماله يعتبر عارية ووجد آخر بأنه يعتبر هدية وتساوى العرفان فقام الأب بتجهيز ابنته من ماله وزفت بهذا الجهاز إلى بيت

(١) قواعد الأحكام (٢/ ١٢٦).

زوجها ثم حدث نزاع بينهما واختلفا في أن الجهاز عارية أو هدية، فادعى الأب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها وطالب برده إليه، وأنكرت البنت ذلك وادعت أنه هبة وتمليك فإنه لا يملك حق الرجوع عليها، لأن من موانع الرجوع في الهبة القرابة المحرمية ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه لم يصلح هذا العرف المشترك دليلا مرجحا لدعوى أحد الخصمين لتعارض العرفين حيث لا مرجح لأحدهما على الآخر لتساويهما وحينئذ يكون القول للأب بيمنه فيحكم له بدعواه.

وإذا كان أحد العرفين غالبًا عمل به ولم يلتفت إلى الآخر ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب بيمنه فيحكم له بدعواه إذ لا تعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما وترجح أحدهما على الآخر يقوي العمل به[١].

ومن تتبع كلام الفقهاء فيما فرعوه من مسائل فقهية مبنية على العرف نجد أنهم قد نظروا إلى العرف العام والعرف باعتبار أن لكل منهما موضعه ومجاله المعتبر فيه.

ولذا جاء حديثهم عن شرط العموم بصيغة الاستفهام فقد قال ابن نجيم[٢]: «هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق العرف ولو كان خاصا؟ المذهب أن مطلق العرف معتبر وهذا يفيد القول باعتبار العرف الخاص والدليل على اعتبار العرف الخاص أن الفقهاء قالوا: فيما يدخل في بيع الدور تبعًا وما لا يدخل: أن السُّلَّم المنفصل لا يدخل في البيت إلا في عرف أهل القاهرة لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا به.

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح (ص١٩٤) الناشر مكتبة دار الكتاب الحديث بالقاهر.

(٢) الأشباه والنظائر (ص١٠٢).

والذي استظهره السيوطي وصححه هو أن العادة المطردة في ناحية أو بلد تنزل منزلة العرف العام فيعتبر كذلك في شأن أهله الذين تعارفوه وذلك إذا اشتهر ولم يضطرب وعلى ذلك فلو أقر بدراهم مطلقة في بلد دراهمه ناقصة لزمه الناقصة في الأصح وما ذلك إلا لأن العرف الخاص يؤثر في تصرفات الذين تعارفوه من إقرار وغيره[1]

القاعدة الرابعة: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، و«العبرة للغالب الشائع لا للنادر»:

وهاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط العرف، فإن العرف لكي يعتبر صحيحا فإنه يشترط فيه الاطراد والغلبة والشيوع وهذا ما قررناه من قبل وبقي أن نذكر الفروع المبنية على العرف ومن هذه الفروع:

١ - المدارس الموقوفة على دراسة علم الحديث: ولا يعلم مراد الواقف فيها هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح كمختصر ابن الصلاح ونحوه أو يقرأ فيها متن الحديث؟ كالبخاري ومسلم ونحوهما ثم يتكلم على ما في الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف كما هو عرف الناس الآن.

وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك. فأجاب: بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين، فإنهم يختلفون في الشروط.

---

(١) المجموع شرح المذهب (١/ ٤٦).

وكذلك اصطلاح أهل كل بلد، فإن العادة جرت بين علماء مصر في هذه الأعصار بالجمع بين ما يتناوله الحديث سندا ومتنا فيقول: حدثنا فلان عن فلان أن النبي ﷺ قال: «**إنما الأعمال بالنيات**» وهذا مما يختلفون فيه فيقول بعضهم: وقفت كذا على أهل الحديث دراية والآخر يقول: وقفت كذا على أهل الحديث رواية.

٢- ولو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترضه فهل تنزل عادته منزلة الشرط فكأنه قال له: أقرضك على أن ترد أكثر فيحرم إقراضه؟ في هذه المسألة وجهان: أصحهما لا. وعليه فلا يحرم إقراضه ورده أكثر هو من باب الإحسان في القضاء.

فقد ردّ رسول الله ﷺ أكثر مما اقترض. وقولهم: كل قرض جر نفعا فهو ربا محمول على ما إذا كان ذلك مشروطا في العقد، فإن اشترط ذلك في العقد فهو ربا وإلا فلا.

ومقابل الأصح يقول: تنزل العادة منزلة الشرط وعليه فيحرم إقراضه.

٣- ولو اعتاد الناس بيع العينة وهي: أن يبيع الرجل عقارا إلى أجل ثم يشتريه في المجلس فهذا هو بيع العينة وهو جائز باتفاق، ونهي النبي ﷺ عن بيع العينة محمول على أمرين:

الأول: أن العادة تنزل منزلة الشرط فيحرم بيع العينة وهو الرأي المختار.

الثاني: لا حرمة في بيع العينة لوقوع العقد سالما من المفسدات ولعدم تحقق الأمر المقتضي للنهي عندهم وعليه فالعادة لا تنزل منزلة الشرط.

٤- وإذا اطردت العادة بالأمان عند المبارزة فهل تكون كالشرط؟ فلو بارز كافر مسلما وكانت العادة مطردة بالأمان.

فالأصح لا يجوز لمسلم قتله إعانة للمسلم وذلك لأن العادة محكمة وقتله يعتبر خيانة وإهدارا للأمان وهو غير لائق بالمسلمين .

ومقابل الأصح وهو الصحيح يقول: لا. فتكون هذه الصورة من قاعدة: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت»، وقاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا للنادر».

ولكن ماذا لو تعارض العرف مع الشرع؟، في هذا تفصيل نورده فيما يلي:

أولًا: تعارض العرف مع الشرع:

من المعلوم أن العرف لا يكون معتبرا في التشريع إذا خالف النص الشرعي. ولذا كان من شروط اعتبار العرف ألا يخالف نصًّا شرعيًّا.

ومعنى عدم مخالفة العرف للنص الشرعي: ألا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفا للأحكام الشرعية المنصوص عليها، فإن كان مخالفا فلا اعتبار له. كما لو تعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعا إلى غير ذلك مما حرم الله فإن هذا العرف غير معتبر فيحكم عليه بالبطلان وعدم الاعتبار لمخالفته للنص الشرعي[1]

وإذا كان العرف بهذا الضعف والنص أقوى منه فلا خلاف في رد العرف وتركه إذا كان يلزم من العمل به إبطال النص الشرعي أو تعطيله وفي ذلك يقول السرخسي: «وكل عرف ورد بخلاف الشرع فهو غير معتبر»[2] وهذا إذا كان

---

(١) أثر العرف (ص٢٠٥-٢٠٦).

(٢) المبسوط (١٠/ ١٩٦).

مبطلا، للنص الشرعي من كل الوجوه، فإذا كان العرف يخالف النص في بعض وجوهه فالعرف يخصص النص إذا كان عاما ويقيده إذا كان مطلقا وليس في هذا ترك للنص بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان فيحمل النص على حالة خاصة ويعمل بالعرف فيما عداها وإن خالف القياس لأن العرف مقدم على القياس ورعايته أولى.

وتوضيحا لهذا نقول: إن النبي ﷺ نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ولا يملكه وجاء ذلك في قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «**لا تبع ما ليس عندك**»[١] فإن هذا النص عام ومع ذلك فإن الفقهاء قالوا: بجواز عقد الاستصناع للتعامل الجاري به بين الناس من لدن الصحابة والتابعين إلى وقتنا الحاضر من غير نكير مع أن النص يشمله إذ يصدق على عقد الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان فيكون منهيًا عنه بالنص ولكن لم يلزم منه إبطال النص والقضاء عليه بل عمل بالنص والعرف معا فهو عمل بالعرف في الاستصناع وبالنص فيما عداه فلم يترك النص بالعرف كليا[٢]

فإذا لم يكن العرف متعارضا مع النص من كل الوجوه وأمكن العمل بكل منهما فأيهما يقدم؟ لتوضيح هذه المسائل نقول: إذا تعارض العرف مع الشرع ولم يتعلق بالشرع حكم قدم عرف الاستعمال على الدليل الشرعي، ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:

١ - فلو حلف شخص لا يأكل لحما لم يحنث إذا أكل سمكا وإن كان قد سماه الله

---

(١) التخليص الحبير (٣/ ٥).

(٢) رسائل ابن عابدين (٢/ ١٢٩).

تعالى لحما في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُواْ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [سورة النحل: آية ١٤]، وذلك لأن الشارع حين سماه لحما لم يتعلق بالتسمية حكم فالتسمية هنا عارية عن الحكم، والعرف لا يسمي السمك لحما فالعرف حينئذ متعارض مع تسمية القرآن السمك لحما فيقدم العرف حينئذ فلا يحنث بأكل السمك.

٢- ولو حلف لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطا في قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ بِسَاطًا ﴿١٩﴾﴾ [سورة نوح: آية ١٩]، ولا في الشمس وإن سماها الله تعالى سراجا في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ ٱلْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا وَجَعَلَ ٱلشَّمْسَ سِرَاجًا ﴿١٦﴾﴾

[سورة نوح: آية ١٦]

٣- ولو حلف إنسان أنه لا يضع رأسه على وتد لم يحنث بوضعها على جبل وإن كان الله قد سمى الجبال أوتادا في قوله تعالى: ﴿وَٱلْجِبَالَ أَوْتَادًا ﴿٧﴾﴾ [النبأ: آية ٧] ؛ لأن الشرع حينما سمى الجبال أوتادا لم يعلق بالتسمية حكما فالتسمية عارية من الحكم الشرعي والعرف لا يسمي الجبال أوتادا فيقدم العرف في كل ذلك على الشرع لأن التسمية استعملت في الشرع ولم يتعلق بها حكم وتكليف ومن ثم فإننا ندرك أن العادة محكمة.

وأما إذا تعارض العرف مع الشرع وتعلق به حكم فيقدم الشرع على العرف ومن الأمثلة على ذلك ما يلي:

١ - فإذا قال شخص والله لا أنكح وعقد ووطأ فيكون حانثا والحنث مترتب

على العقد لأن النكاح حقيقة شرعية فيه ولا يحنث بالوطء لأنه مجاز فيه عند الشافعية.

وأما الحنفية فالنكاح عندهم حقيقة في الوطء مجاز في العقد فيكون الحكم عندهم بعكس الشافعية وهذا في غير المتزوج أما المتزوج فيحمل كلامه على الوطء.

٢- وكذلك لو حلف لا يصلي لم يحنث إلا بالصلاة ذات الركوع والسجود لأن الصلاة تحمل على المعنى الشرعي والمعنى الشرعي للصلاة أنها أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم بشرائط مخصوصة.

وذلك لأنه قد تعلق بالصلاة حكم شرعي وهو أن الله قد فرض خمس صلوات فلا يحنث إلا بذات الركوع والسجود كما لم يحنث بمطلق الإمساك فيما لو حلف لا يصوم بل يحنث بحقيقة الصوم الشرعية وهي الإمساك عن الطعام والشراب من طلوع الفجر إلى غروب الشمس لأن الصوم تعلق به حكم شرعي فلا يحنث إلا به.

٣- ومن ذلك لو قال لزوجته إن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها وعلمت به طلقت حملا له على الشرع فإن الرؤية فيه بمعنى العلم لقوله ﷺ: «**إذا رأيتموه فصوموا**»[١].

تعارض العرف مع الشرع في العموم والخصوص:

في تعارض العرف مع الشرع في العموم والخصوص فإذا كان اللفظ في العرف يقتضي العموم وفي الشرع يقتضي الخصوص اعتبر خصوص الشرع في الأصح، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

(١) نيل الأوطار (٤/ ٢١٢).

١- فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بأكل السمك فمدلول اللحم عام يتناول كل لحم أكل أو لم يأكل لكن الشرع يخصصه بالمأكول لأن المذكى يحل أكله بخلاف غير المذكى فيخصص الشرع عموم اللفظ ويقدم على العرف اللغوي.

ومقابل الأصح يقول: إنه يحنث أخذا من عموم اللفظ فيقدم عموم اللفظ على خصوص الشرع لأن دلالة التخصيص لا يفهمها إلا المتخصصون فيكون الحنث مطلقا.

٢- ولو أوصى لأقاربه لم يدخل ورثته عملا بتخصيص الشرع إذ «**لا وصية لوارث**» فيخصص الشرع عموم اللفظ، ويقدم مدلول الشرع على العرف اللغوي، فلا يستحق القريب الوارث من الوصية شيئا لما روي عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث**»[1].

ووجه الاستدلال أن الوصية لوارث لا تصح أصلا وهو الظاهر لأن النفي يتوجه إلى الذات وهو الصحة ولا يصح أن يتوجه إلى الكمال الذي هو أبعد المجازين وقد قيل: إن آية الوصية للوالدين والأقربين أعم من أن يكونوا وارثين أولا فكانت الوصية واجبة لجميعهم وخص منها الوارث بآية الفرائض وبأحاديث الوصية وبقي حق من لا يرث من الأقربين من الوصية على حاله[2].

ثانيًا: تعارض العرف مع اللغة:

إذا تعارض العرف مع اللغة فأيهما يقدم؟

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٤٦).

(٢) نيل الأوطار (٦/ ٤٦).

ذهب القاضي حسين إلى أن الحقيقة اللفظية تقدم عملا بالوضع اللغوي، إذ الأصل في الكلام الحقيقة ومتى أمكن العمل بالحقيقة سقط العمل بالمجاز لكون المجاز خلفا عنها[1] والحقيقة اللفظية وضع اللفظ بإزاء المعنى.

وقال البغوي: تقدم الدلالة العرفية الآتية من جهة العرف على الحقيقة اللغوية لأن العرف يحكم في التصرفات من بيع وشراء ونفقات وغير ذلك مما يدور بين الناس من معاملات وعلى وجه الخصوص في الأيمان، فإذا قال الزوج لزوجته: أنت طالق وقال: أ ردت من وثاق فإن الطلاق بمعنى الإطلاق وهو حقيقة لغوية في الحل من وثاق أو غيره قد أصبح حقيقة عرفية في حل عصمة النكاح مجازا في حل الوثاق وحمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من المجاز.

وإنما تركت الحقيقة بدلالة العرف والعادة لأن الكلام موضوع للإفهام فإذا كان مستعملا لشيء عرفا ونقل عن معناه اللغوي فهذه العادة وهي عادة الاستعمال رجحت إرادته فيترك معناه الحقيقي[2].

ومثل ذلك النذور فإن من نذر المشي إلى بيت الله الحرام، فإنه يلزمه حجة أو عمرة. ويظهر ذلك واضحا في الألفاظ المفردة: فإن لفظ الدابة يطلق على كل ما يدب على الأرض وأريد به في العرف ذات الأربع.

وينبغي أن يلاحظ أن القول بتقديم العرف على اللغة أو العكس يكون حيث

---

(١) شرح المنار لابن مالك (ص١٠٨)، ومشكاة الأنوار (ص١١٧).

(٢) حاشية اللكنوي على كشف الأسرار للنسفي (١/ ١٨٢). والفروق للقرافي (١/ ١٧١).

لا توجد النية، فإن وجدت النية عمل بها[١].

وتقديم العرف أو اللغة أحدهما على الآخر ليس لمجرد أن هذا لغة وذلك عرف، بل يشترط تبادر المعنى عند الإطلاق فإذا تبادر المعنى العرفي قدم وإذا تبادر العرف اللغوي قدم وهذا ما يراه الإمام الشافعي وهو قول جمهور الفقهاء. ولتوضيح ذلك نورد بعض الأمثلة التي يتعارض فيها العرف مع اللغة ومتى يقدم أيهما على الآخر:

١- فإذا حلف شخص لا يسكن بيتا فإن كان بدويًا حنث بسكنى المبني وغيره كالخيام لأن غير المبني يسمى بيتا عندهم فقد تظاهر فيه العرف واللغة، لأنهم يسمونه بيتا فالعرف قوى اللغة واللغة قوت العرف، وإن كان من أهل القرى فوجهان: فلو اعتبرنا العرف لم يحنث لأن غير المبني لا يسمى بيتا عند أهل القرى وإن سمي بيتا في اللغة.

والأصح الحنث ترجيحا للغة على العرف وهذا إذا لم يوجد عنده نية أما إذا وجدت النية فهي التي تحكم.

٢- ولو حلف شخص لا يأكل الخبز فهل يحنث إذا أكل خبز الأرز؟ قال الشافعية: يحنث مطلقا وإن كان عند قوم لا يتعارفون ذلك اعتبارًا بالإطلاق والاستعمال اللغوي لأن كلمة خبز تطلق على كل مخبوز فرجح هنا جانب اللغة على العرف.

وقال الحنفية والمالكية: يحنث بما يعتاده أهل البلد فيحنث بأكل الخبز المعروف دون غيره فالحنفية يقدمون العرف في الأيمان مطلقا، وهذا هو المعقول والأقرب

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح (ص٧٥)، و الأشباه والنظائر (ص١٠٤).

للصواب لأن الحالف حلف وفي نيته نوع معين من الخبز وهو المعتاد بين الناس وجرت العادة به بينهم لا مطلق خبز كما هو المدلول اللغوي.

٣- ولو تزوج شخص بأربع زوجات وقال: زوجتي طالق لم تطلق سائر زوجاته عملا بالعرف لأن العرف يطلق الزوجة على الواحدة فقط، وإن كان وضع اللغة يقتضي أن الطلاق قد يكون على الأربع لأن الزوجة اسم جنس واسم الجنس إذا أضيف صار عاما فمقتضي اللغة تطلق سائر زوجاته، ولكنه يقدم العرف حينئذ على الوضع اللغوي، ومع ذلك فإننا نقول لمن صدر منه هذا الطلاق يحرم عليك إتيان أي واحدة من زوجاتك أو أن تستمتع بواحدة منهن حتى تعين لأن كل واحدة تصلح أن تكون مطلقة فإذا كانت إحداهن في نفسه طلقت حسب نيته وإلا ذهبوا إلى المفتي فيطالبه بالتعيين.

٤- وإذا أوصى للفقهاء فهل يدخل فيهم المناظرون والباحثون في أوجه الخلاف ومن يقارنون بين الآراء؟ قال في الكافي: يحتمل ذلك وجهين لتعارض العرف واللغة فالفقهاء جمع فقيه وهو من صار الفقه له سجية وملكة.

وحقيقة الفقيه اللغوية هو العالم بالأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية، وكل علم شرعي فإنه داخل في هذا المعنى فيدخل فيه المناظر وغيره، فإذا وجد عرف يتعارض مع المدلول اللغوي فالحكم للعرف.

ولكن الآن لا يوجد تعارض بين العرف واللغة مع كلمة فقيه لأن الفقيه يطلق على من يناظر ويجادل ويقارن بين الآراء.

وما قد اعترض به أبو زيد الدبوسي صاحب كتاب «تأسيس النظر» على الإمام الشافعي من أنه اضطرب قوله فتارة يقدم العرف وتارة يقدم اللغة فقد أجاب عن ذلك الإمام الرافعي فقال:

«والحقيقة أن الشافعي ليس كذلك بل إن الشافعي يتبع مقتضي اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها بحيث تكون عرفا عاما وهو الأصل وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد، فالشافعي يبني قاعدة الأيمان على العرف إذا استمر ولم يضطرب الزمان فإن اضطرب رجع إلى اللغو وهو بذلك لا يكون متناقضا، ولا يفهم من ذلك التناقض مطلقا».

تعارض العرف هل هو قاصر على اللغة العربية؟

في مسألة تجاذب الوضع اللغوي والعرف قرر العلماء أن يكون ذلك قاصرا على اللسان العربي دون غيره فإذا تكلم بعبارة فيها عرف ولغة فالعرف يجذب الفرع إليه ليطبقه حسب ما يراه وكذلك اللغة تجذب العرف إليها لتعطيه حكمها وهذا خاص باللسان العربي .

أما اللسان الأعجمي فيعتبر عرفه قطعا لأنه لا وضع يحمل عليه فلا يوجد في غير اللغة العربية أوضاع تضع الألفاظ في إزاء المعنى وعلى هذا فلا يتأتى التجاذب بالنسبة للغة الأعجمية، وينبني على هذا أنه لو حلف شخص لا يدخل بيتا بالفارسية لم يحنث بدخوله بيتا من الشعر أو القماش لأنه لا يسمى بيتا في عرفهم لأن البيت في الفرس والروم هو المبني بالأحجار.

ثالثًا: تعارض الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف[١]:

المجاز المتعارف هو اللفظ المستعمل في المعنى المجازي أكثر من استعماله في المعنى الحقيقي وكان غالبًا في الاستعمال ومتبادرا إلى الفهم مثل أكلت من النخلة فإنه حقيقة في الأكل من خشبها مجاز في الأكل من ثمرها ولكن الحقيقة هجرت عرفا وأصبحت لا تراد من اللفظ وفي هذه الحالة يحمل اللفظ على المجاز[٢] ومثل ذلك شربت من النهر فإنه حقيقة في الشرب بالفم وذلك بأن ينبطح على بطنه ويشرب منه بفمه ومجاز في غير ذلك كالشرب باليد أو بالكوز ولكن الحقيقة تراد في بعض الأوقات كما هي عادة رعاة الإبل فهم يكرعون من النهر بأن ينبطحوا على بطونهم ثم يشربون بأفواههم[٣].

وفي تعارض الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف يقول الإمام أبو حنيفة: الحقيقة المستعملة تترجح على المجاز المتعارف لأنها الأصل، والأصل لا يترك إلا لضرورة، ولا ضرورة فالحقيقة ترجحت لكونها حقيقة وكونها مستعملة.

أما المجاز فهو فرع الحقيقة ومرجوح والمرجوح لا يقدم على الراجح.

وقال الجمهور وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: المجاز المتعارف أولى في الاستعمال من الحقيقة لسبقه إلى الفهم بسبب التعامل والتفاهم به بين الناس وتبادره إلى الفهم رجح استعماله على الحقيقة التي صارت بمنزلة المهجورة وقام

(١) محاضرات في قواعد الفقه الكلية لفضيلة الدكتور جاد الرب رمضان (ص٥٩).

(٢) أصول الفقه لفضيلة أستاذنا الدكتور محمد أبي النور زهير (٢/ ٦٨). دار الطباعة المحمدية.

(٣) المرجع السابق (٢/ ٦٨).

المجاز مقامها وهذا هو الحق لأن الظهور والتعارف هو المكلف به الإنسان وعليه فلو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فإنه ينصرف إلى ما يتخذ من الحنطة كالخبز ونحوه وهو ما تضمنته الحنطة وهو المجاز المتعارف في أكلها، وبه قال الجمهور.

وقال أبو حنيفة يقع على عينها ؛ لأن حقيقة الأكل المستعملة أكل عينها فلا يحنث بأكل خبزها.

ومحل الخلاف كما قال ابن نجيم عند عدم النية أما إذا نوى شيئا فهو على ما نوى من حقيقة أو مجاز[1].

رابعًا: تعارض العرف العام والخاص:

تعريف العرف العام:

العرف العام هو ما تعارفه عامة الناس سواء أكان قوليًا أم فعليا، وقد يكون ذلك على فعل شيء أو تركه، وعلى هذا فالعرف العام أو العادة الفعلية العامة، معناه غلبة صدور فعل دون غيره من عموم الناس أو من غالبهم وهو يقابل العرف الخاص مثل لفظ الدابة فإنها في أصل وضعها اللغوي اسم كل ما يدب على الأرض، ثم خصصها العرف العام بذوات الأربع: كالفرس والحمار مما يركب عادة ويحمل عليه وشاع هذا الاستعمال حتى صار حقيقة عرفية لا يراد غيرها عند الإطلاق.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص٤٨). وكشف الأسرار شرح أصول البزدوي (٢/ ٩٨)، وشرح التنقيح للقرافي (ص٨٠).

تعريف العرف الخاص:

وأما العرف الخاص فهو ما تعارف عليه أهل العلوم وأرباب الحرف والصناعات لبعض الألفاظ بحيث يفهم منها عند الإطلاق لهذه المعاني الاصطلاحية دون المعاني اللغوية لتلك الألفاظ لجريانها في استعمالاتهم وتخاطبهم ولا يلتفتون إلا إلى هذه المعاني الاصطلاحية حيث قد أصبح اللفظ حقيقة في المعنى العرفي، كإطلاق لفظ الدابة على الحمار في مصر أو على الفرس في العراق بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره، فهذا من قبيل الحقيقة العرفية الخاصة.

وقد تكون العادة خاصة ببعض الفرق: كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى فهذه يقضى بها تبعًا للعرف الخاص حيث قد أصبح اللفظ حقيقة في المعنى العرفي.

فإذا تعارض عرفان، وكان أحدهما عاما سائدا في المنطقة كلها والآخر خاصا ببلدة من البلاد فأيها يقدم؟ في هذه الحالة تقول: إنه إذا كان المخصوص محصورا أو يمكن الإحاطة به لم يؤثر في الحكم ويعتبر كالمنسي فلا يعتبر وإنما يعتبر العرف العام، أما إذا كان المخصوص غير محصور ولا يمكن الإحاطة به علما اعتبر هذا العرف، فلو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلا ومواشيهم نهارا فهذه العادة تنزل منزلة العرف العام وتترتب الأحكام عليها في الأصح فإن انطلقت الدواب وأكلت من الزرع حكمنا العرف في الضمان وعدمه فإن أكلت في وقت يجب على صاحب الزرع أن يحفظ فيه زرعه فلا ضمان لأنه المقصر والعكس صحيح[1].

(١) محاضرات في قواعد الفقه الكلية لفضيلة أستاذ الدكتور جاد الرب (ص٥٩)، والنظائر للسيوطي (ص١٠٥).

القاعدة الخامسة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة»[(١)]

معنى القاعدة:

هذه القاعدة يدخل معناها تحت مسألة تعارض اللغة مع العرف، فالحقيقة في اللغة مأخوذة من حق الشيء إذا ثبت وحقيقة الأمر يقين شأنه[(٢)].

والمراد بالحقيقة هنا دلالة اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب بحيث يدل عليه بغير قرينة. فإن كان التعيين من جهة واضع اللغة فيكون حقيقة لغوية أو غيره فيكون حقيقة عرفية أو شرعية وعليه فالحقيقة ثلاثة أنواع:

١- حقيقة لغوية وفي مقابلها مجاز لغوي.

٢- حقيقة شرعية وفي مقابلها مجاز شرعي.

٣- حقيقة عرفية وفي مقابلها مجاز عرفي.

أما الحقيقة اللغوية فهي أصل الحقائق الثلاث لأن اللفظ وضع أولا للمعنى اللغوي ثم جاء الشرع فنقل ألفاظا كثيرة ليؤدي بها المعنى الشرعي المراد مع وجود علاقة بينه وبين المعنى اللغوي كما نقل أهل العرف العام أو الخاص بعض الألفاظ واستعملوها فيما تعارفوه بينهم فأصبحت هذه الألفاظ مجازا في اللغة وحقيقة شرعية أو عرفا شرعيًا وحقيقة عرفية أو عرفا في الاستعمال عاما أو خاصا.

وفي ذلك يقول ابن الحاجب: «إن الألفاظ التي استعملها الشارع مجازات

---

(١) المجلة، مادة: ٤٠، المدخل فقرة: ٦٠٨.

(٢) المعجم الوجيز (ص١٦٣).

لغوية ثم اشتهرت فصارت حقائق شرعية»[١] وقد ثبتت الحقائق الشرعية بالاستقراء لأننا لما استقرأنا لفظ الصلاة والزكاة والصوم والحج وجدناها استعملت في لسان الشرع للعبادات.

فالصلاة اسم للدعاء سمي بها العبادة المعلومة مجازا في اللغة وحقيقة شرعية أو عرفا شرعيًا سواء كان فيها دعاء أو لم يكن كصلاة الأخرس حيث إنها شرعت لذكر الله قال تعالى: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ ١٤﴾ [سورة طه: آية ١٤]، أي لتذكرني فيها وكل ذكر دعاء فإن من قال: الله أكبر، صح ان يقال دعا الله تعالى.

والحج في اللغة القصد ثم صار اسما لعبادة معلومة مجازا في اللغة وعرفا شرعيا، وكذلك العمرة فهي في الأصل الزيارة ثم صارت اسما لزيارة مخصوصة بشرائطها وأركانها المعلومة شرعا.

والزكاة في الأصل النماء ثم صارت اسما للمعنى الشرعي، وهو أداء بعض المال النامي بوجه مخصوص أتت به الشريعة.

والصوم فإنه في اللغة مطلق الإمساك وفي الشريعة خصص بنوع من الإمساك[٢].

ولما كان الأصل في الكلام الحقيقة كان الواجب استعمال كل لفظ في معناه الحقيقي ولكن قد يهجر المعنى الحقيقي عرفا وعادة فيكون الحكم في ذلك متعذرا أو كالمتعذر كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان إذ ينصرف المعنى إلى الدخول بأي

---

(١) ابن الحاجب (١/ ١٣٧).

(٢) الآمدي في الحقيقة والمجاز وشرح المحلي وجمع الجوامع (١/ ٢٢٦).

وجه كان راكبا أو ماشيا، حافيًا أو متنعلا لأنه هو المتعارف لا المعنى الحقيقي وهو مباشرة القدم دخل أو لم يدخل لأن هذا المعنى مهجور عرفا والعرف قاض على الوضع وقد تركت الحقيقة هنا بدلالة العادة والعرف[1].

وخلاصة ذلك كله أن حقيقة اللفظ تترك ولا تعتبر بدلالة العرف والعادة على استعمال هذا اللفظ استعمالا مغايرا لمعناه الحقيقي ويبنى على المعنى الذي دل عليه العرف والعادة، وإذا دار الأمر بين الحقيقة والمجاز ترجحت الحقيقة لكن المراد بالحقيقة المذكورة في هذه القاعدة هي الحقيقة المهجورة فظهر بهذه القاعدة أن تحكيم العادة والعمل باستعمال الناس لا تقوى الحقيقة على معارضتهما بل يعمل بهما دونها.

القاعدة السادسة: «الكتاب كالخطاب»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد أن العبارات الكتابية كالمخاطبات الشفهية سواء بسواء ، فما يترتب على المكالمات الشفوية يترتب على المكالمات الكتابية ولهذا قيل: القلم أحد اللسانين. والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا. وعليه: فكل كتاب يحرر على الوجه المتعارف عليه بين الناس يكون حجة على كاتبه كالنطق باللسان، ويترتب عليه ما يترتب على النطق تماما.

وبناء على هذا فإن سائر التصرفات المالية من بيع وإجارة وكفالة وحوالة يحكم بصحتها إذا تم القبول في مجلس قراءة الكتاب أو خاطبه بالقبول هاتفيا.

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقي (ص١٧٥).

والأمر كذلك في النكاح غير أن صحة عقد النكاح تتوقف على أن يقرأ المكتوب إليه الكتاب ويعلن الموافقة بمحضر الشهود[١].

شروط الكتابة المقبولة:

تكون الكتابة مقبولة وفي حكم الخطاب إذا كانت مستبينة وعلى الوجه المعتاد بين الناس وإلا فلا يعمل بها إلا بالبينة أو الإشهاد على ما في الكتاب أو الإملاء على الغير إلا خط السماسرة والتجار والصيارفة فإنهم يكتبون ما عليهم في دفاترهم فيعمل به وإن لم يقل من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان ويكفي في زماننا أن يكون الكتاب مذيلا بإمضاء الشخص أو ختمه فإن ذلك يغني عن تصديره بقوله من فلان[٢].

وأما المخطوط عليه فيشترط فيه أن يكون على قرطاس فلو كتب على الجدار أو ورق الشجر أو على قرطاس ولكن لا على وجه الرسم فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه أو الإملاء على الغير ليكتبه.

فالكتاب المستبين من الغائب كالخطاب من الحاضر والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين كالكتابة على الماء أو الهواء فإنها لا تعتبر والتقييد بالغائب لإخراج الحاضر فإن كتابته لا حكم لها.

ويعتبر مجلس بلوغ الكتاب فيما يتوقف من العقود على القبول أما فيما يتوقف على العلم فقط كالوكالة فلا يظهر تقييده بالمجلس بل يكفي فيه الاطلاع على ما في

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص١٦٧).

(٢) المادة: ١٦٠٩.

الكتاب[1] وفيما لا يفتقر إلى الاطلاع مما يستقل به الإنسان كالإقرار والطلاق كما إذا كتب: امرأتي طالق فإنه لا حاجة في ذلك إلى الاطلاع بل إلى الإرسال ولا يتقيد بالغيبة ويقع الطلاق بمجرد الكتابة نوى الطلاق أو لم ينو إذا كان مرسوما.

وكذلك لو كتب وقال: عن الدين الذي لي على فلان بن فلان أبرأته منه صح وسقط الدين وظاهره أنه يسقط بمجرد الكتابة أيضا.

والفرق بين الكتاب والخطاب يظهر في عقد النكاح فلو كان حاضرا فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح وأما في الكتاب فإنه إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح[2].

القاعدة السابعة: «الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الأخرس وهو معقول اللسان خلقة أو عاهة دائمة تكون إشارته معتبرة كبيان الناطق في بناء الأحكام عليها تسهيلا عليه في قضاء مصالحه، لأن الكتابة والإشارة المفهمة بدرجة واحدة من حيث الدلالة على المراد سواء كان عالما بالكتابة أو غير عالم وسواء كانت الإشارة باليد أو الحاجب مادامت

---

(١) شرح القواعد (ص٣٤٩-٣٥٠).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٥٥).

معهودة منه ويفهمها الآخرون.

ما تعتبر فيه إشارة الأخرس:

تعتبر إشارة الأخرس في كل تصرفاته ومعاملاته من نكاح وطلاق وبيع وشراء ورهن وإقرار ويمين ونكول ووصية إلى غير ذلك من الأحكام وهذا من باب استحسان الضرورة لما يصيب الأخرس من ضرر وحرج لو لم تعتبر إشارته. كما أن الشارع قد اعتبر إشارة الأخرس في العبادات، فإذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كانت عبادته صحيحة وكذلك المعاملات، بل إن الإشارة في بعض الأحيان تقبل وتكون بيانا من القادر على الكلام في بعض المواضع لما ثبت أن الرسول ﷺ وهو أفصح العرب والعجم قد أنبأ بالإشارة عدد أيام الشهر حينما قال: «**الشهر هكذا وهكذا**» ثم عقد إبهامه في الثالثة ويشير بيده أنه تسعة وعشرون ليلة «**فلا تصوموا حتى تروه فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين**»[1].

فإذا صح أن تكون الإشارة من الناطق فالعاجز عن النطق أولى أن تقبل إشارته وتكون بيانا لما يريد. وإذا كان الكتاب من الغائب معتبرا كالخطاب وهو قادر على الحضور فأولى أن تعتبر الإشارة من الأخرس لعجزه وعدم قدرته على الكلام والتعبير، فكانت إشارة الأخرس كالبيان من الناطق.

ولكن متى لا يعتد بإشارة الأخرس؟ إذا كانت إشارة الأخرس معتبرة في عباداته ومعاملاته المدنية كلها فإنها في الحدود والعقوبات الخالصة لله تعالى لا تكون

---

(١) رواه البخاري ومسلم يراجع: نيل الأوطار (٤/ ٢١٢-٢١٣).

معتبرة بناء على قاعدة: وجوب درء الحدود بالشبهات.

وعملا بهذه القاعدة فالأخرس لا يحد ولا يحد له فإن كان قاذفا فقذفه ليس بصريح، والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، وإن كان مقذوفا فلعله كان بإيمائه مصدقا للقاذف فلا يتقين بطلبه الحد، والحدود إنما شرعت زاجرة فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة بخلاف القصاص فإنه في معنى المعاوضة.

وعند الشافعية تعتبر إشارته في القذف بشرط أن تكون معهودة فلو لم تكن إشارته معهودة ومعلومة عند القاضي لزم استفساره ممن يعرف من نحو أصحابه وجيرانه وأقربائه ويشترط أن يكون المترجم عدلا لأن الفاسق لا يعتد بكلامه.

ما يستثنى من القاعدة:

يستثنى من قاعدة: الإشارات المعهودة للأخرس الحدود والعقوبات الخالصة لله تعالى لدخولها تحت قاعدة وجوب درء الحدود الشبهات ومن المستثنيات أيضًا: إسلام الأخرس فلا يصح بالإشارة حتى يصلي بعدها.

والصحيح صحة الإسلام بإشارة الأخرس وحمل القول بعدم الصحة على ما إذا لم تكن إشارته مفهمة[١].

القاعدة الثامنة: المعروف عرفا كالمشروط شرطا[٢]:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها، أن ماتعارف عليه الناس في معاملاتهم وإن كان لم يذكر

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٣٣٨).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠٦).

صريحا هو قائم مقام الشرط في الالتزامات ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح.

وعلى هذا فإن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة كل بلد، فمن اشترى سيارة مثلًا دخل فيها العدة الخاصة بها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي بدون ذكرها في العقد للعرف المتداول، والعادة الجارية.

ومن العرف الجاري أن المستفيد من سند الأمر إذا وقع في ظهره توقيعا مجردا على بياض وسلمه لشخص كان هذا التوقيع حوالة منه إلى المستلم أو إلى من يختاره المستلم وإذا وقع شخص على صك يعتبر رضا بالعقد في عرف الناس اليوم لأن التوقيع إنما يوضع عادة للتعبير عن الرضا والموافقة[1].

ففي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعا صريح الشرط المتعارف وذلك بأن لا يكون مصادما للنص بخصوصه وإذا ما تعارف الناس واعتادوا التعامل على هذا العرف بدون الاشتراط فهو مرعي ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح .

فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحا مما تعورف واشتهر بينهم لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به بدون شرط.

ولذا قالوا: لو استخدم شخص صانعا في صنعة معروفًا بها وهذه صنعته التي بها قوام معيشته ولم يعين له أجرة ثم بعد الفراغ من عمله طالبه بالأجرة فادعى أنه استعان به مثلًا على سبيل المساعدة فإنه لا تسمع دعواه ويلزمه دفع الأجرة بالمثل.

وأما إذا كان الشرط المتعارف غير معتبر شرعا وذلك بأن كان مصادما للنص

(١) المدخل الفقهي العام (ص٤٣-٤٥).

فلا يكون معتبرا إذا تعارف الناس على العمل به فلو تعارف الناس مثلًا تضمين المستعير والمستأجر إذا ما تلفت العين المعارة أو المستأجرة بدون تعد منه ولا تقصير لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى لأنه مصادم لما ورد به الشرع[1].

فروع القاعدة:

مما يتفرع على هذه القاعدة وهي قاعدة: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»:

١- ما لو جهز الأب ابنته بجهاز ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ولا بينة له على ما يقول فإنه ينظر إن كان العرف مستمرا أن مثل ذلك الأب يدفع مثل ذلك الجهاز عارية أو ملكا فإنه يتبع ويكون القول قول من يشهد له العرف، والبينة بينة الآخر وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب بيمينه والبينة للبنت.

٢- ومنها: ما لو اختلف البائع والمشتري في دخول مستلزمات السيارة في البيع فإنه يحكم العرف الجاري في بيع السيارات فإذا كان العرف يقضي بدخول هذه المستلزمات من عدة وغطاء وخلافه دخل وإلا فلا.

٣- ومن الفروع التي تدخل تحت القاعدة: ما لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة ثم اختلف فطلب كل منهما من الآخر الأجر، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة لأن العادة جارية والمعروف عرفا كالمشروط شرطا.

٤- وكذا يعتبر العرف في أن الحمال يدخل المحمول إلى داخل الباب أو لا يدخله والأشياء الثقيلة يقوم البائع بتوصيلها إلى المشتري أو لا.

---

(١) شرح القواعد الفقهية (ص٢٣٧).

وإنما قيدنا الشرط بالمتعارف لأن غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا كان شرطا يقتضيه العقد كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن أو كان شرطا يلائم العقد كاشتراط كفيل حاضر أو رهن معلوم فهو غير ما نحن فيه.

القاعدة التاسعة: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»، أو «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة، أن العرف دليل يثبت به الحكم كالنص الشرعي حيث لا نص فالثابت بالعرف كأنه منصوص في العقد.

وبمقتضي هذه القاعدة فإن الانتفاع بالأعيان المؤجرة والمستعارة إذا لم يبين في العقد يتعين بالعرف كيفية الانتفاع بهذه الأعيان ويكون بحسب العرف والعادة الجارية بين الناس ما لم يوجد شرط يخالف ذلك.

ويتفرع على هذه القاعدة ما لو استأجر دارا أو حانوتا من غير أن يبين من يسكن أو من غير أن يبين نوع الحرفة التي سوف يزاولها في هذا الحانوت فله أن ينتفع بجميع أنواع الانتفاع، غير أنه لا يُسْكِنُ حدادا ولا قصارا ولا طحانا من غير إذن المؤجر.

وكذلك لو استأجر حانوتا في سوق البزازين مثلًا فليس له أن يتخذه للحدادة أو الطبخ أو نحو ذلك مما يؤذي جيرانه[1].

وكذلك فلو تبايع تاجران شيئا ولم يصرحا في صلب العقد أن الثمن نقد أو نسيئة

(١) شرح القواعد الفقهية (ص٢٤١).

فإن عقد البيع وإن كان مقتضاه نقد الثمن حالا إلا أنهم إذا تعارفوا على أن ذلك الشيء يؤدى ثمنه بعد أسبوع أو شهر أو يؤدى مقسطا لا يلزم المشتري أداء الثمن حالا، وينصرف إلى عرفهم وعادتهم في الأجل لأن المعروف بالعرف كالتعيين بالنص.

ومن ثم صرح السيوطي بأن العرف المطرد أو الغالب في بلد فإنه يرجع إليه في المعاملة التي تجري بين أهله فقال: ومن ابتاع شيئا وأطلق نزل على النقد الغالب فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان وإلا بطل البيع[١].

القاعدة العاشرة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة في معنى القاعدتين السابقتين وهما: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، و«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»، إلا أن هاتين القاعدتين في مطلق العرف وهذه القاعدة خاصة في عرف التجار.

فإذا وقع التعارف والاستعمال بين التجار على شيء غير مصادم للنص فإن هذا العرف الجاري بينهم يتبع وينصرف التعامل إليه عند الإطلاق ولا تسمع دعوى من يقول بخلافه كما لو باع التاجر شيئا وقد جرى العرف على أن يكون الثمن حالا أو على أن يكون دفع الثمن منجما على نجوم معلومة ويكون ذلك العرف مرعيًا فينزل منزلة الشرط الصريح[٢].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٠٦).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٣٩).

ولا يتوهم متوهم أن الدعوى بخلاف المتعارف لا تسمع فيما لو سلم البائع السلعة ثم جاء يدعي بكل الثمن وأنه سلم السلعة ولم يقبض بعض الثمن المتعارف دفعه قبل التسليم بل إن الدعوى تسمع منه بالكل وليس في سماعها مخالفة للعرف وذلك لأن العرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط فهو يقضي بجعل المتبايعين كأنهما شرطا تعجيل بعض معلوم من الثمن وتنجيم الباقي صريحا لا بأكثر من ذلك حتى لو أراد البائع قبض كل الثمن قبل تسليم السلعة فلا يقضى بسقوط شيء منه بحكم الظاهر لأن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتا.

والحاصل أن البائع بدعواه هذه ينكر قيام المشتري بما يقتضيه العرف وذلك منه بخلاف العرف.

وما ذكروه في المهر من أن المدخول بها إذا ادعت كل المهر على الزوج أو ورثته وادعى الزوج أو ورثته دفع شيء لها من المهر يقال لها: إما أن تقري بما تعجلت وإلا قضينا عليك بما تعورف تعجيله.

والجواب عن هذا: أن عرف التجار المذكور جار على التقسيط والتنجيم لا على القبض فعلا بل إن القبض فعلا قد يقع وقد لا يقع بخلاف مسألة المهر فإنها معللة بأن العرف جار على أنها لا تسلم نفسها حتى تتعجل شيئا من المهر[1].

والخلاصة أن قاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» تفيد اعتبار العرف الخاص كعرف التجار بينهم وأرباب الحرف والصناعات وكذلك العرف

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٣٩-٢٤٠).

الخاص ببلد معين أو طائفة معنية، فإنه معتبر في تصرفات أهله الذين تعارفوه وينزل بينهم منزلة العرف العام كما يلزمون به دون غيرهم ممن لم يتعارفوا عليه، لأنه لا يحمل أحد على عرف غيره لأنه غير معلوم له.

القاعدة الحادية عشرة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها يفيد أن: تغير الأوضاع والأحوال الزمنية، له تأثير كبير في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية، فإذا كان عرف الناس وعادتهم يستدعيان حكما ثم تغير إلى عرف وعادة أخرى، فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعادتهم.

وبهذا تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم باختلاف العادة عن الزمان السابق، وأما الثابت بالنص فلا يتغير. فمثلًا أثبت الشرع خيار الرؤية لمن اشترى شيئا لم يره، وهذا ثابت بحديث رسول الله ﷺ: «**من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه**»[1] وبناء على النص فإنه لما كانت الدور تبنى على نمط واحد قال الفقهاء المتقدمون يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيت منها حيث جرت العادة بذلك.

ولكن لما اختلفت طرز الإنشاءات وصارت الدور تبنى على كيفيات مختلفة رجح المتأخرون قول زفر وهو أنه لابد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار.

فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان، بل اختلاف عصر وزمان، وهذا مسلم به

(١) أخرجه الدارقطني وابن أبي شيبة في مصنفه والبيهقي في سنده مقال انظر: نصب الراية (ص٩).

وهو سنة الله سبحانه في تشريعه لعباده، فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان وكان الحال ضيقا لقلة عدد الذرية أباح الله الأخت لأخيها ووسع في أشياء كثيرة وبقي ذلك إلى أن حصل الاتساع وكثرت الذرية فحرم ذلك في زمن بني إسرائيل وحرم السبت والشحم والإبل كما حرمت أمور كثيرة.

وكانت توبة الإنسان بقتله نفسه وإزالة النجاسة بقطعها إلى غير ذلك من التشريعات ثم لما جاء آخر الزمن وضعف التحمل وقل الجلد لطف الله سبحانه بعباده وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات ورفع تلك التكليفات وقبول التوبات، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال والأزمان، وتلك سنة الله الجارية في خلقه.

وهذه الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان والأحوال لابد أن تكون بحال تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار أو تكون بحال لا تشهد عليها بالإبطال إذا لم تشهد لها بالاعتبار.

بمعنى أن تكون المصالح المرسلة وهي التي سكت عنها الشرع ولم يشهد لها بالاعتبار ولا بالإلغاء ولوحظ فيها جهة منفعة. فهذه يجوز العمل بها وإن لم يتقدمها نظير في الشرع يشهد لها بالاعتبار .

ومن الأمثلة على ذلك ما وقع لأبي بكر الصديق في توليته عهد الخلافة لعمر ﷺ وكترك الخلافة شورى بين ستة وتدوين الدواوين، وضرب العملة واتخاذ السجون وغير ذلك كثير مما دعا إليه سنة تغير الأحوال والأزمان ولم يتقدم فيه أمر من الشرع وليس له نظير يلحق به ولوحظ فيه جهة المصلحة[1].

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٢٨).

وقد أخذ فقهاء المذاهب بالمصلحة، ولهم فتاوى كثيرة قامت على رعاية المصلحة وحدها، وهذه الفتاوى لا يخلو منها مذهب من المذاهب كما أشار إليه القرافي وابن دقيق العيد حيث قال فيما نقله عنه الشوكاني في إرشاد الفحول بقوله: الذي لا شك فيه أن للإمام مالك ترجيحا على غيره من الفقهاء في هذا النوع ويليه الإمام أحمد بن حنبل ولا يكاد يخلو مذهب غيرهما من اعتباره ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال له على غيرهما.

وقد وضع الفقهاء شروطا ضبطوا بها العمل بالمصلحة وهي:

الشرط الأول: أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعا أو يدفع ضررا وكذلك كل مصلحة يريد الشارع تحقيقها.

الشرط الثاني: أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة أي ليست مصلحة شخصية وبناء الحكم عليها يجلب نفعا لأغلب الناس أو يدفع ضررا لأكثرهم.

الشرط الثالث: أن تكون هذه المصلحة لا يعارض الأخذُ بها نصا أو إجماعا فإذا عارضت النص أو الإجماع فهي في الغالب مصلحة وهمية ولا يعدل عن المصلحة الحقيقية التي ثبتت بالنص والإجماع إلى مصلحة وهمية.

فإذا عرفنا شروط العمل بالمصلحة وأنها تتغير بتغير الظروف والأزمان فإن عوامل تغير الأحكام نوعان:

أحدهما: فساد الزمان وانحراف أهله عن الجادة.

وثانيهما: تغير العادات وتبدل الأعراف وتطور الزمن، ومن الأمثلة التي توضح ذلك ما يلي:

١- فمثلًا كان المتقدمون من الفقهاء في المذهب الحنفي يرون أن المدين تنفذ

تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها باعتبار أن الديون تتعلق بذمته، فتبقى أعيان أمواله حرة فينفذ فيها تصرفه.

وهذا مقتضى القواعد القياسية ولكن لما فسد الزمان وخربت الذمم وكثر الطمع وقل الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق فلما حدث ذلك أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية والحنابلة في وجه عندهم[1] بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله.

٢- وكذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بتضمين الساعي بالفساد لتبدل أحوال الناس مع أن القاعدة أن الضمان على المباشر دون المتسبب وهذا من باب الزجر للمفسدين.

فثبت بذلك أن أحكام الشريعة مسايرة لمصالح الناس، لأنها لم تجئ أحكامها كلها ثابتة ومستقرة، بل من أحكامها ما يختلف باختلاف الأحوال والأعراف، والحاجة والمصلحة ودفع الضرر والمشقة.

والدليل على أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان ما أخرجه أحمد والبخاري أن عليّ بن أبي طالب قال: قلت يا رسول الله هل إذا بعثتني بشيء أكون كالسَّكَّة المحماة أو الشاهد يرى ما لا يرى الغائب، فقال ﷺ: «**بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب**»، فهو يريد أن يستفسر من رسول الله هل الحكم الشرعي يكون كالعملة المضروبة

---

(١) القواعد لابن رجب القاعدة الحادية عشر.

للتعامل لا تتغير في ذاتها ومن ثم فليس له اجتهاد أو أنه يجتهد حسبما يرى؟[(١)] فأجابه بأن الحكم يتغير بتغير الحال والزمان.

وهذا يدل على تبدل الحكم بتبدل الزمان وتغير الأحوال[(٢)] ولما قدم عمر بن الخطاب ﷺ إلى الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان قد اتخذ له حُجَّابًا واتخذ المراكب النفيسة والثياب الغالية وسلك مسلكا لم يسلكه حكام المسلمين قبله، سأله عمر ﷺ عن سبب ذلك فقال: إنا بأرض نحن محتاجون فيها لهذا. فقال عمر: لا آمرك ولا أنهاك.

قال القرافي معلقا على هذه الحادثة: ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسنا أو غير محتاج فيكون قبيحا فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة وولاة الأمر تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والظروف والأحوال. ولذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديما وربما وجبت في بعض الأحوال[(٣)].

ثم جاء عصر الأئمة من بعد التابعين فسلكوا هذا المسلك في النظر إلى الأحكام التي تثبت بالاجتهاد معللة بالعرف ومراعاة المصالح والضرورات فأفتوا بجواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم لانقطاع عطايا المعلمين كما كان في الصدر الأول، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لزم ضياعهم وضياع عيالهم ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين.

فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وكذلك الإمامة والأذان مع أن هذا

---

(١) الفروق (١/ ١٧٧).

(٢) الفكر السامي تاريخ الفقه الإسلامي (٢/ ٢٤١).

(٣) الفروق للقرافي (٤/ ٢٠٣).

مخالف لما اتفق عليه الإمام أبو حنيفة وصاحباه رحمهم الله وهو عدم جواز الاستئجار على ذلك وأخذ الأجرة لأنه طاعة كبقية الطاعات من الصلاة والصوم والحج وقراءة القرآن.

ونحو ذلك كثير من الأحكام التي تغيرت لتغير العادات وتطور الزمان.

ومن الأحكام التي تغيرت أن النبي ﷺ نهي عن كتابة حديثه الشريف ثم انصرف العلماء إلى تدوين السنة بأمر عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى، ومنها كتابة القرآن الكريم في الورق ثم طباعته بعد ذلك وإنشاء المدارس ومراحل التعليم المختلفة والجامعات بأنواعها، وإنشاء المحاكم والمستشفيات والوزارات المتخصصة، واعتبار عقد الملكية حين التسجيل ولو لم يتسلم المشتري العقار أو يخليه له البائع.

كل ذلك يدل على مقدار احترام الفقهاء للعرف وفهمهم أن الأحكام الفقهية ما وضعت إلا لمصلحة الناس وضبط معاملاتهم التي يجب أن تخضع لأعراف الناس حتى لا يجمد الفقه أمام ما يجد من حوادث بحسب اختلاف الأحوال وتغير الزمن.

ومن هذه الأحكام التي تغير فيها الحكم تبعا لتغير الزمن واختلاف أحوال الناس الطلاق فإنه كان إذا طلق الرجل زوجته في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما وجمع الثلاث بلفظ واحد فإنه يقع واحدة لما أخرجه أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: طلق أبو ركانة امرأته في مجلس واحد ثلاثا فحزن عليها فقال له رسول الله ﷺ: «**فإنها واحدة**» وفي رواية أبي داود، فقال النبي ﷺ: «**راجع امرأتك**» فقال: إني طلقتها ثلاثا. قال: «**قد علمت فراجعها**»[1].

(١) سبل السلام للصنعاني (٣/ ١٧٤).

ثم ذهب عمر وابن عباس وعائشة والأئمة الأربعة رضوان الله عليهم أجمعين إلى أنه يقع به الثلاث، وقد أمضى عمر ﷺ إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ثلاثا معللا ذلك بقوله: «إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم»(١).

وعمر لم يخف عليه أن الطلاق بلفظ الثلاث واحدة هو السنة وأنه توسعة من الله لعباده وأن لفظ الحديث دليل على أن إرسال الثلاث في لفظ واحد يكون طلقة واحدة وهذا الاحتمال هو الذي جرى عليه أهل الظاهر وقلدهم فيه فقهاء العصر الحاضر ولكن أمير المؤمنين عمر رأى الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم جملة واحدة فرأي من المصلحة عقوبتهم به بإمضائه عليهم ليعلموا أن واحدا منهم إذا أوقعه جملة بانت منه امرأته وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره(٢).

وهذا الحكم الذي رآه عمر ﷺ كان القصد منه أن يكون زجرا عن الاسترسال في الطلاق الذي تتابع الناس فيه وقد تحقق المقصود من ذلك في زمن عمر لأن الناس في زمنه تلاعبوا بألفاظ الطلاق وطلقوا على غير السنة فألزمهم عمر به عقوبة لهم على ما فعلوا.

يقول ابن القيم: فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان وعلم الصحابة رضوان الله عليهم حسن سياسة عمر وتأديبه لرعيته في ذلك فوافقوه على ما ألزم به

---

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم (٣/ ٤١ – ٤٧)، دار الفكر بيروت.

(٢) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور سيد صالح عوض (ص١١٥).

الناس في أمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد وصرحوا لمن استفتاهم بذلك لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس في إيقاع الثلاث لا تندفع إلا بإمضائها عليهم فرأوا مصلحة الإمضاء أقوى من مصلحة عدم الوقوع[1].

ومن أجل ذلك فقد رأى كثير من الفقهاء أن الأمور قد تغيرت ولم يعد هذا التقييد في الطلاق مفيدا فيجب أن تعود الفتوى إلى ما كانت عليه في عهد رسول الله ﷺ وقلدوا في ذلك أهل الظاهر.

٣- ومن ذلك أن ظاهر الرواية عند الحنفية أنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من غير ولي وفيه قول ضعيف وهو أن المرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها إلا بولي، فلما رأى المتأخرون فساد الزمان وتغير الأحوال أفتوا بعدم صحة نكاح المرأة إلا بولي كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء الذين اشترطوا في النكاح أن يكون بولي وشاهدي عدل، فالأحكام الشرعية باقية بالنسبة للوقائع والحوادث بلا رفع وتغيير وإنما الذي تغير وتبدل هو مناط الحكم فإذا ارتفع المناط ارتفع الحكم لعدم مناسبته وملاءمته.

قال ابن القيم: الأحكام نوعان:

النوع الأول: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة والأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه.

---

(١) أعلام الموقعين (٣/ ٥٢). والسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (ص١٧-١٩)، وزاد المعاد (٢/ ٧٣).

والنوع الثاني: ما يتغير فيها من الأحكام بحسب المصلحة ,ومنها: أن التعزير شرع بالقتل لمدمن الخمر في المرة الرابعة.

ومنها ما عزم عليه رسول الله ﷺ بحرق البيوت على المتخلف عن حضور الجماعة لولا ما منعه من تعدي العقوبة إلى غير من يستحقها من النساء والذرية بعده، وأنه شرع التعزير بالعقوبات المالية في عدة مواضع.

وكذلك الصحابة نوعوا في التعزيرات بعده ﷺ فكان عمر رضي الله عنه يحلق الرأس وينفي ويضرب ويحرق بيت الخمارين والقرى التي تباع فيها الخمر، وحرق عمر رضي الله عنه قصر سعد بن أبي وقاص في الكوفة لما احتجب عن الرعية، وكان لعمر رضي الله عنه في التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة لكمال نصحه ووفور علمه وحسن اختياره للأمة وحدوث أسباب اقتضت التعزير بما يردعهم لم يكن مثلها في زمن رسول الله ﷺ، أو كانت ولكن الناس زادوا عليها وتتابعوا فيها.

فقد زاد عمر رضي الله عنه في حد الخمر لما زادوا في شربها وتتابعوا فيه عما كان عليه الحال في عهد رسول الله ﷺ فجعل عمر حد الخمر ثمانين ونفى فيه، وهذا باب واسع وقع فيه الاشتباه على كثير من الناس تبعا لاختلاف المصالح وجودا وعدما[1].

٤- ومن الفروع المخرجة على ذلك ما ذكره ابن فرحون في كتابه التبصرة من أن مالكا رحمه الله قال: بأنه يلزم الزوج بنفقة العروس إذا كان العرف قد جرى بذلك ولا يلزمه شيء منه إذا لم يجر به عرف.

---

(١) إغاثة اللهفان من مكائد الشيطان (١/ ٣٤٦)، وما بعدها.

ولما تحاكم الغزالون إلى شريح القاضي وقالوا: إن سنتنا بيننا كذا وكذا قال: سنتكم بينكم أي أن سنتكم هي القاضية بينكم.

ويقول ابن القيم: فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجني على الشريعة وتنسب إليها ما هي بريئة منه وتلزم الحالف والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله ﷺ به.

والذي جعل العرف يكتسب هذه الأهمية هو أن العرف لا تغني عنه نصوص الأحكام المطلقة والتي ترك التفصيل فيها للعرف مثل وجوب النفقة وتعجيل المهر وتأجيله في الأنكحة وغيرها، وكذلك فإن العرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة في علاقات الناس ومعاملاتهم والتي تجري بينهم ولابد منها ليستطيعوا مواجهة أمور الحياة لئلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام.

فقد حسن ما كان قبيحا واتسع ما كان ضيقا واختلفت الأحكام لذلك باختلاف الأزمان فإن خيار زماننا هم أراذل أهل العصر الأول.

ولذلك فإنه لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان قالوا: بقبول شهادة الأمثل فالأمثل والأقل فجورا فالأقل وقالوا: نظير ذلك في القضاة وغيرهم إذا لم يوجد إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا لئلا تضيع المصالح.

وجوزوا تحليف الشهود عند إلحاح الخصم[1] إذا رأى الحاكم ذلك لفساد الزمان وجوزوا أيضًا إحداث أحكام سياسية لقمع الدعار وأرباب الجرائم عند

(١) المادة: ١٧٢٧ من المجلة.

كثرة فساد الزمان وأول من فعله عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه فإنه قال: ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور ومنع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقا لهم لما رأى من تغير حالهم[1].

القاعدة الثانية عشرة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها يفيد أن إعمال الكلام ما أمكن أولى من إهماله، لأن المهمل لغو وكلام العاقل يصان عنه فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولا به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز.

تطبيق ذلك يظهر فيما لو أوصى أو وقف على أولاده تناول أولاده من صلبه فقط إن كانوا لأن الوصية أو الوقف على أولاده من صلبه حقيقة وإلا تناول أولادهم بطريق المجاز لأن إعمال الكلام أولى من إهماله.

وكذلك: لو أوصى أو وقف على مواليه الأعلين أو الأسفلين فإن كان له موال استحقوا وإلا فلموالي مواليه.

وينبغي أن ننبه إلى أن الأصل في الكلام أن يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه لأن الاستئناف تأسيس، وإفادة ما أفاده السابق تأكيد والتأسيس أولى من التأكيد وعليه فيراد بالإهمال في القاعدة ما هو أعم من الإلغاء بالمرة وإلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكدا.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٢٩).

فلو أقر بألف في صك ولم يبين سببها ثم أقر بألف بعد ذلك يطالب بالألفين ولو قال لزوجته المدخول بها: أنت طالق طالق طالق وقع ثلاثا فإذا قال: إنه نوى التأكيد فإنه يترك إلى نيته في حكم الديانة في أنه أراد بالتكرار التأكيد لا التأسيس أي تعدد الطلقات وعندئذ يقع الطلاق واحدة رجعية فقط وله مراجعتها ديانة أي فيما بينه وبين الله. أما في حكم القضاء الذي يبني على الظاهر فإنه إذا رفع الأمر إلى القاضي فإنه يقضي عليه بوقوع ثلاث طلقات والبينونة الكبرى فيحمل التكرار على قصد التأسيس عملا بالظاهر لأن الأصل في الكلام إعماله بإفادة فائدة جديدة وهذا معنى التأسيس[1].

القاعدة الثالثة عشرة: «الأصل في الكلام الحقيقة»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها يفيد أن الأصل في الكلام الحقيقة والمجاز فرع عن الحقيقة. ولما كانت الحقيقة هي الأصل قدمت على المجاز وكان العمل بها أولى من العمل بالمجاز ما لم يوجد مرجح له فيصار إليه.

والحقيقة في اللغة من حق الشيء إذا ثبت ثم نقلت إلى الاعتقاد المطابق للواقع لأنه فرد من أفراد الثابت ثم نقلت إلى القول الدال على الاعتقاد المطابق للواقع من باب إطلاق اسم المدلول على الدال.

والحقيقة في الاصطلاح: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له[2] كاستعمال لفظ القتل في إزهاق الروح فإنه حقيقة لاستعماله في المعنى الوضعي له وكاستعمال لفظ

(١) يراجع: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣١٥-٣١٦).

(٢) أصول الفقه للدكتور محمد أبي النور زهير (ص٥٠-٥١).

الوصية عند أهل الشرع في التمليك المضاف لما بعد الموت، فإنه حقيقة أيضًا بالنسبة لاصطلاحهم وتخاطبهم[1].

والعبرة بالوضع عند المتكلم باللفظ لا بالنسبة للسامع له فإن كان المتكلم باللفظ قد استعمله فيما وضع عنده كان الاستعمال حقيقة سواء كان السامع كذلك أو لا. وإن كان المتكلم به قد استعمله في غير ما وضع له عنده كان الاستعمال مجازا وإن كان عند السامع مستعملا فيما وضع له.

فالصلاة من اللغوي في الدعاء حقيقة ومن الشرعي مجاز وفي الأفعال المخصوصة مجاز من اللغوي حقيقة من الشرعي ويقاس على ذلك غيرها من الألفاظ[2].

والمجاز: فهو استعمال الكلمة في غير ما وضعت له لقرينة أو هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة وقرينة.

وهذا المجاز اللغوي هو المعبر عنه بالاستعارة مثل قولك: رأيت أسدا في الحمام تريد الرجل الشجاع.

وأما المجاز العقلي فهو إسناد الفعل أو ما في معناه إلى غير ما هو له لعلاقة وقرينة.

مثل قول المؤمن: أنبت الربيع البقل فإن إسناد الإنبات إلى الربيع مجاز لأن المنبت هو الله تعالى والعلاقة أن الربيع سبب في الإنبات والقرينة أن القائل مؤمن[3].

والمراد بهذه القاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان أحدهما حقيقي والآخر مجازي

---

(١) المرجع السابق (ص٦٣-٦٤).

(٢) شرح القواعد للزرقا (ص١٣٣).

(٣) أصول الفقه لفضيلة أستاذ المرحوم الدكتور محمد أبي النور زهير (ص٥١).

وورد مجردا عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر فإنه يراد بهذا اللفظ المعنى الحقيقي دون المعنى المجازي لأن المجاز خلف عن الحقيقة فترجح هي عليه .

وذلك كلفظ النكاح فإن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد وقد تساوى استعماله فيهما فإذا جاء مجردًا عن مرجح يرجح أحد المعنيين على الآخر فإنه يراد به الوطء كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [سورة النساء: آية ٢٢]، فقد ترجحت الحقيقة لأنها الأصل ولم يوجد صارف عنها إلى المجاز فتكون حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص. وأما حرمة من عقد عليها الأب عقدًا صحيحا ولم يدخل بها فثابتة بالإجماع. وإذا قدمت الحقيقة على المجاز عند تساويهما في الاستعمال كان تقديمها حين تكون هي أكثر استعمالا بالأولى.

أما إذا وجد مرجح للمجاز فلا شك في تقديمه على الحقيقة مثل أكلت من النخلة فإنه حقيقة في الأكل من خشبها مجاز في الأكل من ثمرها ولكن الحقيقة هجرت عرفا وأصبحت لا تراد من اللفظ فيحمل اللفظ على المجاز.

فمن حلف لا يأكل من النخلة فأكل من خشبها لا يحنث ولكنه يحنث بأكله من ثمرها[1].

وقد تتحتم الحقيقة لاستحالة المعنى المجازي كما في قول الفرزدق:

إذا سقى الله قوما صوب غادية ... فلا سقى الله أهل الكوفة المطرا

التاركين على طهر نساءهم ... والناكحين بشطري دجلة البقرا

---

(١) أصول الفقه لفضيلة أستاذ المرحوم الدكتور محمد أبي النور زهير (ص٦٨).

وكما يصار إلى المجاز عند وجود مرجح له على الحقيقة فإنه أيضًا يصار إلى المجاز عند تعذر الحقيقة، أو معارضة العرف والعادة لها.

أما تعذر الحقيقة فإنه يكون إما باستحالتها لعدم وجود فرد لها في الخارج كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد فإنه يصرف الوقف إلى أحفاده لأنهم أولاده مجازا، فإذا ولد له ولد صلبي يصرف إليه تقديما للحقيقة. أو يكون تعذر العمل بالحقيقة لكونها غير جائزة شرعًا كالوكالة بالخصومة فإنها بالمعنى الحقيقي غير جائزة لأن معناها الحقيقي هو المنازعة والمنازعة منهي عنها لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنَـٰزَعُواْ﴾ فتحمل على المعنى المجازي لها وهو إعطاء التوكيل.

وأما مخالفة العرف والعادة للحقيقة فإن الحقيقة تترك بدلالة العرف والعادة لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعي الأصلي في نظرهم مجازا ومن المعلوم إذا دار الأمر بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة وهي هنا العرف والعادة.

فلو حلف لا يضع قدمه في دار فلان فليس المراد وضع القدم وإنما المراد أنه لا يدخلها، وأما إذا كان المعنى المجازي أكثر استعمالا من المعنى الحقيقي فالعمل بالمجاز على وجه عام يجعل الحقيقة فردا من أفراده أولى عند أبي يوسف ومحمد ترجيحا بكثرة الاستعمال وهذا هو الذي يريدونه من لفظ عموم المجاز.

وعند أبي حنيفة ﷺ يكون العمل بالحقيقة لأنها الأصل فمادامت مستعملة لا يعدل عنها وإن قل استعمالها فلو حلف بطلاق امرأته على أن لا يأكل من هذه الحنطة أو على أن لا يأكل من هذه الغنم وكانت مقتناة للدر والنسل فإن المعنى

الحقيقي وهو الأكل من عين الحنطة أو الغنم مستعمل ولكن المعنى المجازي وهو الأكل مما يخرج منهما أكثر استعمالا.

فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق على الحالف إلا بالأكل من عينها لأنه المعنى الحقيقي عند أبي يوسف ومحمد يقع بالأكل من عينها وبالأكل مما يخرج منهما وذلك بأن يراد بما يقع عليه الأكل منهما معنى أعم وتكون الحنطة فردا من جملة أفراده كأن يراد لا يقع فعل الأكل على شيء حاصل من هذه العين[1].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة: أنه لو أوصى أو وقف على أولاده فإنه لا يدخل أولاد أولاده البنات على الراجح. ومن الفروع على القاعدة أيضا: أنه لو حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الشيء الفلاني، فوكل غيره ففعله الوكيل لا يحنث إذا كان فعل ذلك الشيء لا يقبل التوكيل به أصلا، أو كان يقبل التوكيل ولكنه كان من الأفعال التي لا يلزم الوكيل حين فعله لهذا الشيء أن يضيفه إلى الموكل.

فالأفعال بالنسبة لقبول التوكيل بها على نوعين:

نوع منها يقبل التوكيل، والنوع الثاني: لا يقبله أما الأفعال التي لا تقبل التوكيل أصلا فهي الأفعال الحسية كالأكل والشرب والدخول والخروج والنوم وما شاكلها .

فلو حلف على عدم فعل شيء من هذه الأفعال فامر غيره بها ففعلها لا يحنث لعدم صحة أمره بها، وإذا لم يصح أمره بها لا يمكن أن يعتبر فاعلا المحلوف عليه،

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص١٣٤-١٣٥).

إذ لا يمكن أن يعتبر أكل غيره أو دخوله أو خروجه أو نحو ذلك من الأفعال الحسية واقعا عنه أصلا فلا يحنث في شيء منها إلّا أن يفعل المحلوف عليه بنفسه.

وأما الأفعال التي تقبل التوكيل فهي على نوعين كذلك .

نوع منها يجب على الوكيل لأجل وقوعه عن الموكل أن يضيفه إلى موكله، ونوع منها لا يجب على الوكيل إضافته إليه بل يقع عنه وينفذ عليه وإن لم يضف إليه.

فالذي يقع عن الموكل وينفذ عليه من التصرفات بدون إضافة إليه سبعة وهي:

البيع والشراء والإيجار والاستئجار والقسمة والخصومة والصلح عن مال بمال.

فلو حلف على شيءمنها أنه لا يفعله وكان ممن يباشر هذه التصرفات بنفسه فأمر أو وكل غيره ففعلها عنه لا يحنث وذلك لأن هذه العقود يستغني المأمور فيها عن إضافتها إلى آمره ويضيفها إلى نفسه فيقول: بعت أو اشتريت وآجرت. الخ ولا يلزم أن تقع عن الموكل بأن يقول: باع موكلي أو بعت عن موكلي، أو اشترى موكلي أو اشتريت عن موكلي أو لموكلي، الخ.

وكذلك وكيل الخصومة يقر أو ينكر أو يأتي بالدفع ويقع ذلك عن موكله بدون أن يضيفه إليه سواء كان مدعيًا أو مدعى عليه[1].

فإذا كان الحالف ممن يباشر هذه العقود بنفسه ولم يكن هناك مرجح للمجاز فتنصرف اليمين إلى الحقيقة وهي فعله بنفسه وحيث لم يوجد الفعل بنفسه فلا يحنث لأن الفاعل حقيقة غيره بخلاف ما إذا كان المعهود من حال الحالف أن لا يباشر

---

(١) المرجع السابق (ص١٣٦).

هذه الأعمال بنفسه فإن ذلك منه قرينة على ترجيح المجاز وهو إرادة ما يشمل فعل نائبه فحينئذ يحنث بفعل وكيله كما يحنث بفعل نفسه.

وهذا بالنسبة لما عدا الصلح من التصرفات المذكورة أما الصلح فإنه يشترط أن يكون فيه معنى أحد عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة فإذا وجد معنى أحدهما فيه كان في حكمه حكم البيع أو الإجارة إذ الصلح يعتبر بأقرب العقود فإذا كان الحالف ممن يباشر الصلح بنفسه لا يحنث بفعل وكليه للصلح وإلا فيحنث.

أما الفعل الذي لا يقع عن الموكل ولا ينفذ عليه إلا إذا أضافه إليه حين يفعله فهو النكاح والطلاق والإبراء والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والإيداع والإعارة وما شاكلها وحكمها أنه يحنث الحالف فيها بفعله وفعل وكيله، فلو حلف بالطلاق لا يتزوج مثلًا فوكل آخر فزوجه حنث وكذلك بقية الأفعال من الطلاق والإبراء. إلى آخره لأن الوكيل في هذه الأفعال سفير ومعبر عن الموكل وناقل لعبارته ولذا لا تتعلق حقوق هذه التصرفات به بل بالموكل فاعتبر الموكل فاعلا فحنث.

وخلاصة القول: أن من حلف لا يفعل أمرًا فوكل غيره ففعله لا يحنث في ثمانية أمور: البيع والشراء والإيجار والاستئجار والقسمة والخصومة والصلح على مال، والثامن ما لا يقبل التوكيل من الأفعال يحنث بفعلها.

بقي أن ننبه بأنه لا يخفى أن كون الحقيقة تقدم على المجاز عند التساوي في الاستعمال ليس من الأدلة القوية التي يرفع لها ما كان ثابتا ومتقررا، بل هو مساو في القوة للظاهر الذي يستأنس به ليترجح أحد الاحتمالين المتساويين على الآخر فإذا كان تقديم الحقيقة على المجاز يؤدي إلى رفع ما هو ثابت ومتقرر يترجح المجاز

الذي لا يؤدي إلى ذلك على الحقيقة فإن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتا ولهذا شرطت نية الهبة في منحتك ثوبي هذا وحملتك على دابتي هذه ليكون تمليكا وبدون نية الهبة يكون عارية مع أن كلًّا منهما حقيقة في تمليك العين عرفا مجاز في تمليك المنفعة عارية.

القاعدة الرابعة عشرة: «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز»:

وتعذر الحقيقة إما بعدم إمكانها أصلًا لعدم وجود فرد لها في الخارج كما لو وقف على أولاده وليس له إلا أحفاد أو بعدم إمكانها شرعا كالوكالة بالخصومة فإن الخصومة وهي التنازع أمر محظور شرعا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَـٰزَعُواْ﴾ وتعسر الحقيقة يكون بعدم إمكانها إلا بمشقة كما لو حلف لا يأكل من هذا القدر أو من هذه الشجرة[1]. أو هذا البر، فإن الحقيقة وهي الأكل من عينها ممكنة لكن بمشقة فيصار في كل من الأقسام الثلاثة إلى المجاز وهو الصرف إلى الأحفاد في الوقف على أولاده وليس له إلا أحفاد، والأكل مما في القدر أو من ثمرة الشجرة إن كان وإلا فمن ثمنها أو مما يتخذ من البر من المأكولات.

ومثل تعذر الحقيقة: هجرها، كما لو حلف: لا يضع قدمه في هذه الدار فإن الحقيقة فيه ممكنة ولكنها مهجورة.

والمراد من ذلك في العرف الدخول، فلو وضع قدمه فيها بدون دخول لا يحنث، ولو دخلها راكبا حنث ومثله ما لو قال: أشعل القنديل وهو المصباح فإنه

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣١٧).

مصروف إلى الشمعة فيه عرفا فلو أشعله نفسه فاحترق فإنه يكون ضامنا[1].

القاعدة الخامسة عشرة: «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة»:

معنى القاعدة:

المطلق ما دل على الحقيقة أو الماهية من غير تقييد[2]، أي: أن الماهية تكون في الذهن حاضرة بلا قيد وجودها في الأفراد فهو على هذا مرادف لعلم الجنس. وعرفه آخرون بأنه: ما دل على شائع في جنسه. فهو عندهم مرادف للنكرة وهذا هو الذي اختاره الكمال بن الهمام وجرى عليه السعد في حواشي التلويح وأيده البناني بأن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالماهية باعتبار وجودها في ضمن الأفراد، لا باعتبار أنها مفهومات كلية وأمور عقلية كما يفيد التعريف الأول.

والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أي لفظا، وذلك بأن يكون مقرونا بنحو صفة أو حال، أو إضافة، أو مفعول، أو نهي، أو شرط، أو استثناء.

فالأول: كثوب مصري وفرس عربي ونحو ذلك فالمطلق مقيد هنا بالصفة.

والثاني: تقييد المطلق بالحال كإن دخلت الدار راكبا.

والثالث: تقييده بالإضافة كاشتر لي فرسًا بكرًا.

الرابع: تقييد المطلق بالمفعول كبعه من فلان.

---

(١) أصول الفقه لزهير (ص١٩٧).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٢٣-٣٢٤).

والخامس: تقييده بالنهي كلا تبعه في سوق كذا.

والسادس: كالطلاق المعلق والنذر المعلق.

والسابع: كالاستثناء الواقع في الأقارير والعقود والتعاليق كقوله: لك علي مائة إلا عشرة وقوله: كفلت لك بمائة إلا خمسة مثلًا وقوله: إن خرجت إلا بإذني فأنت كذا فكل ذلك تقييد لفظي يعمل عمله[١].

وأما تقييد المطلق دلالة فهو كقوله لمن يؤجر: استأجر لي دارا فاستأجرها له بعد سنة مثلًا فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الآمر لأنه يتقيد بدار يسد بها حاجته القائمة في الحال.

ومثل ذلك لو جاءت امرأة بغزلها إلى السوق وأمرت رجلا يبيعه فباعه نسيئة لم ينفذ عليها وذلك لتقيده بالنقد حالا بدلالة الحاجة، ولكن لو أن شخصا وكل شخصا آخر ببيع شيء ولم يقيده فعند الإمام أبي حنيفة يكون للوكيل أن يبيع بالثمن الذي يراه مناسبا بثمن المثل أو بغبن فاحش، وله أن يبيع بثمن حال أو نسيئة إلا إذا كان البيع للحاجة فيتقيد بدلالة الحال فلا يبيع إلا بالنقد وبالثمن الحال[٢].

ومثله لو كان وكيلا بالتزويج فزوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها بغبن فاحش جاز عنده وكذا لو أودع عند آخر وديعة جاز للوديع أن يسافر بها إذا كان الطريق آمنا سواء كان لها حمل ومئونة أم لم يكن وكذا لو وكله بإجارة داره مثلًا فأجر سنين

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٢٣-٣٢٤).

(٢) المادة: ١٤٩٤ من المجلة.

طويلة جاز كما يجوز لو وكله ببيع شيء وأمره أن يأخذ بثمنه رهنا فباعه وأخذ بالثمن رهنا قليلا أو كثيرًا.

ونظير هذه الأمثلة ما لو وكله بشراء شيء بعينه فاشتراه ثم قبل أن يقبضه وجد به عيبا فاحشا فرضي به وقبضه نفذ على موكله عند الإمام أبي حنيفة فالإطلاق يحكم به في هذه الصور لعدم وجود التهمة والخيانة.

فلو كان التصرف مصحوبا بالتهمة أو الخيانة لم ينفذ على الآذن تصرف الوكيل فلا يملك وكيل البيع ولا وكيل الإجارة أن يبيع أو يؤجر من نفسه ولا ممن تقبل شهادته له لمكان التهمة كما أنه لا يملك الوديع السفر بالوديعة إذا كان الطريق مخوفا لمكان الخيانة والتفريط في حفظها.

أما عند الصاحبين: فإن تلك الإطلاقات مقيدة بالعرف فلا يملك وكيل البيع أن يبيع إلا بثمن من جنس النقدين، وأن يكون حالا غير مؤجل وأن يكون بثمن المثل أو بغبن يسير.

وكذا يشترط عند الصاحبين كون الرهن وهو وثيقة حافظا للقيمة، ولا يجوز للوديع السفر بالوديعة إذا كان لها حمل ومئونة وإن كان الطريق آمنا ولا يجوز تأجير الدار أكثر من المدة المتعارف عليها ولا يجوز النكاح إلا بمهر المثل أو غبن يسير، وإذا كان الغبن فاحشا يخير الموكل بين إجازة النكاح أو رده، وكذلك رضا الوكيل الشراء بالعيب الفاحش نافذ عليه دون موكله جريًا في جميع ذلك على تقييد تلك الإطلاقات وتخصيصها بالعرف والعادة الجارية[1].

---

(١) المادة: ١٤٩٤-١٤٩٨ المجلة.

وعليه فلا يفهم من قاعدة: أن المطلق يجري على إطلاقه أينما وقع وكيفما كان ما دام لم يقم دليل على تقييده وأن هذا الإطلاق مرعي ومعتبر وأنه محتمل على جهالته وإن كانت فاحشة وأن العقود والتصرفات التي تتضمن ذلك المطلق تعتبر صحيحة وشرعية أيًا كانت بناء على عموم القاعدة بل الذي يظهر أن ذلك ليس مطردا عاما، بل هو خاص بما لا تظهر فيه الجهالة الفاحشة كالأقارير والأيمان والكفالة، وما لا يحتاج إلى قبضه من المبيعات، كما لو أقر لغيره بأن له في ذمته دينا ولم يبينه أو حلف ليشترين اليوم ثوبا أو كفل لزيد بما زاد له على فلان فإن الجهالة الفاحشة في ذلك لا تضر ويجبر على البيان في الإقرار وتنعقد اليمين على إطلاقها ويبر بشراء أي ثوب كان وتصح الكفالة ويصح البيع لأن الدين لا تضر جهالته.

أما ما تضر فيه الجهالة الفاحشة كالمهر في النكاح والثمن المحتاج إلى قبضه في البيع والموكل بفعله من التصرفات إذا كان المطلق فيها مجهولا جهالة فاحشة فلا يعتبر ذلك الإطلاق ولا يحتمل جهالته.

وإذا وكله في جميع أموره وليس للموكل صنعة معروفة لتنصرف الوكالة إليها أو وكله بشراء شيء مجهول الجنس كثوب أو دابة أو وكله أن يزوجه امرأة على مهر مجهول الجنس أو باعه بدراهم أو دنانير مجهولة كأن كانت مختلفة في المالية متساوية في الرَّواج أو باع الغواص أو القناص ما يخرج من ضربته بطلت الوكالة في كل ذلك ووجب مهر المثل لكون النكاح لا يفسد بفساد التسمية ولم يصح البيع[1].

(١) المجلة العدلية المادة: ١٤٦٨ والمادة ٢٠٠-٢٣٨-١٤٥٩.

وإذا كان ما قيد به الآمر المأمور مفيدا من كل وجه يلزم رعايته سواء أكده بالنفي أو لا، كما إذا قال له: بعه بخيار أو برهن أو كفيل فباعه بدونه أو قال المودع للوديع: احفظ الوديعة في هذه الدار فإنها تتعين لتفاوت الحرز، وأما إذا كان التقييد لا يفيد أصلا لا تجب مراعاته كبعه بنسيئة فباعه بالنقد بما يباع به نسيئة جاز فإن كان مفيدا من وجه إن أكده بالنفي تجب مراعاته وإن لم يؤكده لا تجب مراعاته.

فمثلًا لو قال: بعه بسوق كذا أو احفظ الوديعة في البيت الفلاني من دارك، أو بعه بشهود مثلًا لا تجب مراعاته، ولو قال: لا تبعه إلا في سوق كذا أو لا تحفظها إلا في البيت الفلاني من دارك أو لا تبع إلا بشهود وجبت مراعاته.

فإن كان ما قيده به غير مفيد أصلا لا تلزم مراعاته وإن أكده كما لو قال: لا تحفظها إلا في هذا الصندوق. ومما جاء فيه المطلق جاريًا على إطلاقه أن رب المال لو قال للمضارب: اعمل برأيك فدفع المضارب المال إلى آخر مضاربة على أكثر من نصيبه فإنه يجوز.

ولو كان البذر على رب الأرض فقال للمزارع: اعمل برأيك فدفع المزارع الأرض إلى آخر مزارعة بأقل من نصيبه جاز أما بالأكثر فلا يجوز فإن المضاربة تتضمن الوكالة والمضارب وكيل في التصرف عن رب المال أما إذا عمم له رب المال وأطلق يده في التصرف بقوله: اعمل برأيك فإنه يملك حينئذ على رب المال أن يدفع المال لآخر مضاربة على أكثر من حصته لأنها في هذه الحالة لا تتضمن وكالة ويكون المزارع في صورة ما إذا كان البذر من جهة رب المال أجيرًا ببعض الخارج من عمله وبإطلاق رب الأرض وتعميمه له بقوله: اعمل برأيك لا يملك أن يستأجر من

يقوم عنه بعمله بحصته من الخارج أكثر من حصته لأنه يكون والحالة هذه مستأجرا ببدل بعضه من مال المستأجر وهو رب الأرض والبذر، وبعضه ما زاد عن حصة المزارع عائد له وهذا لا حقَّ فيه للمزارع فلا يجوز منه ولا ينفذ على رب الأرض.

القاعدة السادسة عشرة: «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»[١]:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشيوع كنصفه مثلًا كذكر كله لأنا إذا لم نقل بذلك فيما لا يتجزأ يلزم إهمال الكلام بالمرة. والحال أن إعمال الكلام أولى من إهماله كلما أمكن ذلك. فلو قال لامرأته: تزوجت نصفك فقبلت صح العقد.

وبعض الفقهاء عبر عن هذه القاعدة وهو الإمام السيوطي بقوله: «ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله»[٢]. أي أن الشيء الذي لا يقبل التجزئة من الأحكام إما أن يثبت كله أو يسقط كله، ولا أثر لاختيار المكلف فيه فاختيار بعضه يكون كاختيار كله وإسقاط بعضه يكون كإسقاط كله.

فالقاعدة ذات شقين متلازمين ولا يغني أحدهما عن الآخر لأنه قد يتحقق إسقاط دون اختيار فأتى بالجزأين للحاجة إليهما في الفروع لأن اختيار بعض الشيء جزء وإسقاط بعضه جزء وكل منهما لا يغني عن الآخر.

فروع القاعدة:

هذه القاعدة لها فروع كثيرة في أحكام الفقه المختلفة ذكرها السيوطي وأهمها ما يلي:

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٦٢).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٨).

١ - إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق نصف طلقة أو قال لها: بعضك طالق وقع الطلاق لأن الطلاق مما لا يقبل التبعيض وهو يرفع العصمة وهي حل الاستمتاع والاستمتاع لا يتجزأ كما أن الاحتياط في الأبضاع يستدعي وقوع الطلاق لأننا إذا لم نقل ذلك لدار الأمر بين كونه طلق وكونه لم يطلق فكان إيقاع بعضه كإيقاع كله.

وحكى فيه ابن المنذر الإجماع، وهذا الفرع لا يتأتى فيه إسقاط بل فيه اختيار، وحيث اختار ما لا يقبل التبعيض فقد اختار كله[1].

٢- وإذا عفا مستحق القصاص عن بعضه أو عفا بعض المستحقين عن حقهم في القصاص سقط كله، لأن إسقاط بعض القصاص كإسقاط كله، لأنه حد كباقي الحدود يدرأ بالشبهات، والعفو عن بعضه شبهة، ولأن الموت لا يتجزأ فكان إسقاط البعض كإسقاط الكل.

وهذا بالاتفاق حيث لم يخالف فيه أحد. وقد ورد في القرآن الكريم والسنة المطهرة ما يرغب في التصالح والعفو عن القصاص في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [سورة البقرة: آية ١٧٨]، فقد بينت الآية الكريمة أن الله تعالى شرع القصاص في قتل العمد وحكمة ذلك ردع أهل العدوان عن الإقدام على قتل الأنفس إذا علموا أن جزاءهم القتل ومن حكمة ذلك أيضًا تطمين أولياء القتلى بأن القضاء ينتقم لهم ممن اعتدى على قتيلهم فقال تعالى:

(١) محاضرات في القواعد الفقهية لفضيلة الدكتور جاد الرب (ص٤٢) ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٨).

﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ۗ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾﴾ [سورة الإسراء: آية ٣٣].

أي: لا يتصدى أولياء القتيل للانتقام من قاتل مولاهم بأنفسهم لأن ذلك يفضي إلى إتلاف الأنفس ولكنه بعد أن ذكر حق القصاص بين أن الأخذ به ليس واجبا ولكنه حق فقط للإيماء إلى أن الأولى بالناس قبول الصلح استبقاء لأواصر أخوة الإسلام.

وقد اتفق جميع المفسرين على أن المقصد من الآية الترغيب في العفو والمصالحة عن الدماء بالعفو عن القاتل وإذا عفى بعض أولياء المقتول سقط القصاص وإيثار هذا الفعل لأنه يؤذن بمراعاة التيسير والسماحة وهي من خلق الإسلام[1].

وروى أنس بن مالك قال: ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو» وروي عن عمر وعبد الله بن مسعود أنهما قالا: «إذا عفا بعض المستحقين للقصاص صح عفوه وسقط القصاص ولم يبق لأحد عليه من سبيل»[2] وانقلب نصيب الباقين مالا[3] ولا مخالف لهما من الصحابة»[4]

٣- وإذا عفا الشفيع عن بعض حقه فالأصح سقوط حق الشفيع في الشفعة كالقصاص بجامع أن كلًّا منهما لا يقبل التجزئة فإسقاط البعض كإسقاط الكل،

(١) تفسير التحرير والتنوير لابن عاشور (٢/ ١٤٠).

(٢) التخليص الحبير (٤/ ٢١).

(٣) المغني لابن قدامة (٧/ ٧٤٣)، وما بعدها.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص١٦٢).

ولأن كلا منهما شرع لدفع الضرر، فإذا عفا الشفيع عن البعض وأخذ البعض لم يندفع الضرر. ولذلك كان المستحق للشفعة إما أن يأخذ الحق المشفوع فيه كله وإما أن يتركه كله لأن التجزئة تتنافى مع ما شرعت الشفعة من أجله وهذا هو الأصح، فإذا أسقط الشفيع بعض حقه سقط حقه كله كالقود.

ومقابل الأصح: لا يسقط شيء أبدا لأن التبعيض تعذر فيبقي حقه كعفوه عن بعض حد القذف في وجه لأن التنازل عن بعض الحد لا يسقط شيئًا، وفي وجه يسقط ما عفي عنه .

ولعل الفرق بين حد القذف والقصاص حيث يسقط كله بإسقاط بعضه أن في القصاص حقن الدماء وله بدل وهو الدية[1].

٤- ومن الفروع إذا قال رجل: أحرمت بنصف نسك كنصف حج أو نصف عمرة انعقد هذا بنسك كالطلاق فاختيار البعض كاختيار الكل، ولأن كلًّا من الحج والعمرة لا يتجزأ ولا نظير لهما في العبادات فلو قال لله عليّ أن أصلي نصف ركعة أو لله عليّ أن أصوم بعض يوم لا يلزمه شيء عند الشافعية.

وقال أبو يوسف: يلزمه صوم يوم كامل ويلزمه صلاة ركعتين فاختيار البعض كاختيار الكل وعلى هذا يكون الفرع له نظير في العبادات، ورأي أبي يوسف هو الرأي المعتمد عند الحنفية وهو موافق للقاعدة فيكون اختيار البعض اختيار الكل[2].

٥- ومن الفروع المندرجة تحت القاعدة: حد القذف والقذف معناه الرمي

(١) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٥/ ٢١٤).

(٢) محاضرات في قواعد الفقه الكلية، (ص٤٤).

بالزنا في معرض التعيير وقد ذكر الرافعي أن العفو عن بعض حد القذف لا يسقط شيئا منه، وابن السبكي يرى أن إسقاط البعض إسقاط الكل.

وبناء على ذلك فإن حد القذف يقبل التجزئة. وإذا أسقط من الجلدات في الابتداء قدرا معلوما منه فإنه يقبل منه فيسقط من الجلدات مقدار ما أسقط والحقيقة أن حد القذف لا يسقط شيء منه ولا يتجزأ بل يثبت كله أو يسقط كله، وما قاله ابن السبكي من أنه إذا أسقط من الجلدات في أثنائه قدرا معلوما منه سقط ما بقي .

فالجواب عن ذلك: أنه إذا عفا عن بعض من الجلدات فليس العفو مقصورا على ما بقي وإنما على الجلد كله ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

القاعدة السابعة عشرة: «الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو أي ساقط الاعتبار لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك وقد حصل بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية والوصف يقلله فإذا وجدت الإشارة يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه.

وهذا إذا كان المشار إليه من جنس المسمى الموصوف كما لو أراد البائع بيع فرس أشهب والأشهب الأبيض المشوب بصفرة وكان هذا الفرس حاضرا في المجلس وقال البائع بعتك هذا الفرس الأدهم أي الأسود في إيجابه وقبل المشتري صح البيع ولغا وصف الأدهم لأن الإشارة إليه أبلغ وأعلى من الوصف فإذا

وجدت الإشارة يلغو ما دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه.

أما إذا كان المشار إليه من غير جنسه فلا عبرة للإشارة والعبرة للتسمية والوصف فلو باع فص خاتم حاضرا وأشار إليه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد البيع[١].

أما إذا لم توجد الإشارة بل كان التعريف بالتسمية والوصف فلا ينعقد البيع لازما بل ينعقد موقوفا فإن رضي المشتري بالبيع نفذ وإلا بطل[٢].

فروع القاعدة:

هذه القاعدة لها فروع ومن هذه الفروع ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء يحنث لأن الدار هي العرصة والبناء وصف فيها ففي حال الإشارة إلى الدار يلغو الوصف لعدم إفادته .

بخلاف ما لو حلف لا يدخل دارا فدخل دارا منهدمة فإنه لا يحنث لأنها عند عدم الإشارة من قبيل الغائب والوصف في الغائب معتبر. والوصف الذي في الحاضر لغو إنما يجري في البيع والأثمان لا في الدعوى والشهادة.

فلو ادعى ثوبا وبين طوله وأراد أن يبرهن بحضرة الثوب صدق مُدَّعَاهُ فذرع الثوب فظهر أن ذرعه أنقص مما بين أو أزيد لا تقبل بينته لظهور كذبه والوصف في الإشارة لغو في البيع والأثمان.

أما في باب الشهادة فإنهم إذا شهدوا بوصف فظهر بخلاف ما شهدوا لا تقبل

(١) المجلة المادة: ٢٠٨.

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص٣٣١).

شهادتهم كما لو ادعى دابة وقال: هذه الدابة التي سنها أربع سنين ملكي وشهدوا كذلك فظهر أنها أزيد أو أنقص لا تقبل لظهور كذبهم فكذلك هنا لأن الشهادة تختل بالكذب[1].

فإذا خالف سن الدابة الدعوى أو الشهادة بطلت الدعوى والشهادة وعلى هذا فإنه لو ادعى شخص دابة ووصفها بأنها مشقوقة الأذن أو مكوية في المحل الفلاني أو قال بأن لونها كذا فظهرت سليمة الأذن أو ظهر أنه لا كَيَّ بها أو أن لونها مخالف لما وصف مخالفة واضحة وبين اللونين بعد ظاهر فإنه لا تسمع الدعوى ولو وقع مثل هذا في الشهود فإنه ترد شهادتهم.

والظاهر أن مثل البيع والأثمان في كون الوصف في الحاضر لغو فيهما فإن الأيمان كذلك وهذا إذا لم يكن الوصف المذكور في الكلام هو الباعث على الالتزام كما لو حلف أن لا يأكل هذا البلح وهو بسر قبل النضج فأكله بعدما صار رطبا لا يحنث لأن صفة البسرية داعية إلى اليمين على عدم أكله. وكما لو حلف لا يأكل من الحصرم فأكله بعدما صار عنبا.

القاعدة الثامنة عشرة: «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه إذا تعذر إعمال الكلام بأن كان لا يمكن حمله على معنى حقيقي لتعذر الحقيقة بوجه من الوجوه أو كان الظاهر يكذبه فإنه يهمل حينئذ

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٣٢).

بمعنى أنه يلغو ولا يعمل به.

كما لو كفل كفالة وهو لا يعلم هل هي كفالة نفس أو كفالة مال فإن هذه الكفالة لا تصح للجهالة بحقيقة الكفالة ونوعها، وكما لو كفل بالعهدة فإن الكفالة بالعهدة لا تصح لأن العهدة اسم مشترك يقع على الصك وعلى العقد وعلى حقوق العقد وعلى الدرك وخيار الشرط وعلى الأعيان الموكول حفظها إلى مؤتمن مسئول[١].

ومثل هذا ما لو قال لرجل: ادفع هذه الدار أو هذه الثياب إلى فلان ولم يقل إنها له ولا قال: هي وصية. فهذا باطل، إذ ليس هذا بإقرار ولا وصية[٢].

وأما تعذر الحقيقة وعدم إمكان الحمل على المعنى المجازي لكونه غير مستعمل فمثال ذلك ما لو قال رجل لشخص معروف النسب هذا ابني فإنه لا يصح إرادة الحقيقة منه لثبوت نسبه من الغير ولا تصح أيضًا إرادة المجاز وهو الإيصاء له بإحلاله محل الابن في أخذ مثل نصيبه من التركة لأن ذلك المجاز غير مستعمل، والحقيقة إذا لم تكن مستعملة لا يصار إليها فالمجاز أولى.

وأما تكذيب الحس فكدعوى إنسان أنه قتل المورث في حين أنه حي أو ادعى أنه قطع العضو والحال أن هذا العضو قائم ولم يقطع وكدعوى الدخول بالزوجة في حين أنه مجبوب .

وأما ما هو في حكم الحس فكدعوى شخص أنه بلغ في حين أن سنه أو جسمه لا يحتمل ذلك وكدعوى صرف المتولي أو الوصي على الوقف أو الصغير

(١) المعجم الوجيز (ص٤٣٨).

(٢) جامع الفصولين الفصل الرابع والثلاثين من كتاب الوصية (ص٢٥٧).

مبلغا لا يحتمله الظاهر فكل ذلك يلغو ولا يعتبر ولا يعمل به وإن أقيمت عليه البينة فهي بينة كاذبة.

القاعدة التاسعة عشرة: «السؤال معاد في الجواب»:

فلو قال رجل لآخر: طلقت امرأتك أو قال: هل لفلان عليك كذا من المال وسماه؟ أو قال: هل أوصيت بكذا لفلان؟ أو هل اشتريت الشيء الفلاني من فلان؟ أو هل آجرت دارك هذا العام؟ أو قال: هل أكرمت فلانا؟ فقال مجيبا بنعم فإنه يكون مقرا بما سئل عنه. ويكون مثل السؤال غير السؤال من ألفاظ الإنشاء. كما لو قالت له امرأته: أنا طالق فقال: نعم أو قال شخص لآخر: امرأة فلان طالق أو قال: عليه المشي إلى بيت الله الحرام إن دخل هذه الدار فقال فلان: نعم كان حالفا وكذا لو قال لآخر: أسرج لي دابتي هذه أو أجصص لي داري بالجص وهو ما تطلى به البيوت من الجير فقال: نعم كان إقرارا منه بالدابة والدار.

القاعدة العشرون: «التابع تابع»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن التابع لشيء في الوجود بأن كان جزءا مما يضره التبعيض كالجلد من الحيوان أو كان كالجزء مثل الجنين أو كان كالفص للخاتم يكون تابعا لذلك الشيء وعليه فلو أقر شخص بخاتم دخل فصه لأنه تابع أو كان الشيء وصفا فيه كالشجر والبناء القائمين في الأرض أو كان التابع لهذا الشيء من ضروراته كالطريق للدار ومثل هذا: العجل للبقرة الحلوب والمفتاح للقفل وكذلك الجفن والحمائل للسيف فهذه الأشياء كلها تابعة للأصل، والتابع تابع.

وينبني على ذلك أنه إذا أقر بسيف دخل جفنه وحمائله معه وكانا تابعين له في الحكم فيدخل الجنين في بيع الأم تبعا وإن لم ينص عليه، وإذا ضرب بطن امرأة فماتت، ثم بعد موتها ألقت جنينها ميتا فعلي الضارب دية الأم ولا غرة في الجنين فقد اعتبرت غرته داخلة في دية الأم لكونه تبعا لها.

وكذلك الطريق غير النافذة الموصلة إلى يدخل في بيع الأرض تبعا نصل عليه أو لم ينص بخلاف الطريق إذا كان في ملك الغير فإنه لا يدخل بلا تنصيص عليه الحقوق والمرافق، وكذلك يدخل البناء والأشجار التي غرست للقرار مع الأرض سواء كانت هذه الأشجار مثمرة أو غير مثمرة صغيرة أو كبيرة.

أما المثمرة فإنها تدخل قولًا واحدًا وأما التي لا تثمر فهي تدخل في الأصح صغيرة أو كبيرة .

وتستثني الشجرة اليابسة لأنها على شرف القطع فهي كحطب موضوع في الأرض .

وهذا حيث لا يكون هناك عرف فلو كان هناك عرف وجب أن يتبع.

وأما الأشجار التي غرست للقطع بعد كبرها كالحور ونحوه فقد وقع في شأنها اضطراب والأصح أنها تدخل تبعا كما تدخل زوائد الرهن كالولد واللبن والصوف وتكون رهنا تبعا للأصل.

وكذلك زوائد المبيع إذا حدثت قبل القبض تكون للمشتري وكذلك زوائد المغصوب تكون للمغصوب منه تبعا لماله. وكما أن التابع يدخل في البيع يدخل أيضًا في الشهادة والقضاء. لكنه إذا كان دخوله في الشهادة والقضاء تبعا فإنما دخوله

وتبعيته مادام مسكوتا عنه وغير متنازع فيه.

أما إذا لم يكن مسكوتا عنه بل ادعى المدعى عليه عدم دخوله فإن الدعوى تسمع به والشهادة تقبل عليه فلو ادعى رجل على آخر دعوى وأقام شاهدين شهدا له بالأرض وسكتا عن البناء دخل البناء تبعا ولكن تسمع دعوى المدعى عليه البناء إذ صار محكوما بالبناء تبعا فصحت دعواه على ما ادعاه.

ولو ادعى بقرة فقضي له بها دخل ولدها بالتبعية ثم ادعى المدعى عليه الولد تسمع دعواه عند أبي يوسف خلافا لمحمد، وكذا لو شهد شاهدان له بخاتم أو سيف ولم يذكر الشاهدان فصا للخاتم أو حلية للسيف فإنه يحكم بالخاتم وفصه وبالسيف وحليته للمدعي من غير أن يكون الفص والحلية مشهودا بهما تبعًا حتى لو برهن المدعى عليه أن الفص أو الحلية له فإن دعواه تقبل قبل الحكم وبعده وهذا إذا كان التابع داخلًا بالتبعية.

أما إذا كان التابع لم يدخل بالتبعية بل دخل قصدا فإنه لا تسمع دعوى عدم دخوله كما لو ادعى حانوتا وأقام شاهدين شهدا له بكل الحانوت فحكم له به، فادعى المدعى عليه كل البناء أو بعضه لا تسمع دعواه وإن لم يشهدا بالبناء مقصودا إذ الحانوت اسم للجملة فصار المدعى عليه محكوما عليه في الكل مقصودا[1].

وما يدخل في البيع تبعا إذا هلك في يد البائع لا يسقط في مقابله شيء من الثمن ويخير المشتري بين أخذه بكل الثمن أو تركه. وأما إذا استحق ما يدخل مع البيع

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٥٤) وما بعدها.

تبعا فإن استحق قبل قبض المشتري للمبيع فينظر فإما أن يجوز بيعه وحده كالشجر وبرذعة الحمار أو لا يجوز بيعه وحده كالشرب.

فالأول: له حصة من الثمن فيرجع المشتري بحصته على البائع، والثاني: ليس له حصة من الثمن فلا يرجع المشتري على البائع بشيء ولكن يخير بين أخذه بكل الثمن أو تركه[1].

القاعدة الحادية والعشرون: «التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصودا»:

هذه القاعدة من القواعد المندرجة تحت قاعدة: التابع تابع: فهي مكملة لها وموضحة لمعناها فقد بينت هذه القاعدة أن التابع لا يفرد بالحكم مثل الجنين الذي في بطن أمه فإنه لا يباع منفردا عن أمه ولا يرهن، لأن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفردا لا يصح استثناؤه من العقد ولو استثني فسد البيع دون الرهن وكذلك لا يفرد بهبة لكنه لو استثني صحت الهبة وبطل الاستثناء.

ومثل الهبة الصدقة أو المهر أو النكاح أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد ففي ذلك كله يصح العقد ويبطل الاستثناء ومثل الجنين في بطن أمه كل ما كان اتصاله خلقة كاللبن في الضرع واللؤلؤ في الصدف والصوف على ظهر الغنم والجلد على الحيوان والنوى في التمر.

وهذا كله إذا لم يصر التابع مقصودا .

أما إذا صار التابع مقصودا فإنه يفرد بالحكم وذلك كزوائد المغصوب

---

(١) المرجع السابق (ص٢٥٥) وما بعدها.

المنفصلة المتولدة فإنها أمانة في يد الغاصب مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها أو منعها فإنه إذا تعدى عليها أو منعها بعد طلبها فإنه يضمنها لأنها صارت مقصودة لذاتها. ومثل زوائد العين المغصوبة زوائد الرهن المنفصلة والمتولدة فإنها تكون رهنا تبعا ولا يقابلها شيء من الدين، فلو هلكت لا يسقط شيء من الدين.

ولكن إذا صارت مقصودة بالفك من الرهن بأن بقيت بعد هلاك الأصل فإنها تفك بحصتها من الدين فيقسم الدين على قيمتها يوم الفك وقيمة الأصل يوم القبض ويسقط من الدين حصة الأجل وتفك الزوائد بحصتها من الدين وكذلك زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعا للمبيع ولا يقابلها شيء من الثمن لو تلفت ولكن لو أتلفها البائع سقطت حصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الهلاك[1].

ويستثنى مسائل خرجت عن هذه القاعدة منها:

أن الجنين يورث فتكون غرته بين ورثته. ومنها: أنه يصح الإيصاء بالجنين والإيصاء له إذا ولد لأقل مدة الحمل وقت الوصية ويصح الإقرار له إذا ولد لأقل مدة الحمل من وقت الإقرار إذا بين سببا صالحا لملك الحمل للمقر به كإرث أو وصية ويصح الإقرار به بدون أمه.

والفرق بين الإقرار له والإقرار به حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر سببا صالحا دون الثاني لأن المقر له في الثاني أهل للتمليك على الإطلاق بخلاف

(١) المرجع السابق (ص٢٥٧) وما بعدها.

الأول فإن الحمل ليس بأهل للملك على الإطلاق وإذا بين سببا صالحا فإنه يصح الإقرار له بالتملك.

ومن المسائل التي خرجت عن القاعدة وهي: أن التابع لا يفرد بالحكم ما لو أبطل المديون الأجل صح ويحل الدين مع أن الأجل صفة للدين والصفة تتبع الموصوف.

ومن المسائل التي تندرج تحت القاعدة أن الدابة المبيعة إذا استحقت بالبينة وكانت قد ولدت في يد المشتري فإن ولدها يتبعها في الاستحقاق لكن بشرط القضاء به وهذا إذا سكت الشهود عنه أما إذا بينوا أنه لذي اليد أو سئلوا فقالوا: لا ندري فلا يتبعها.

فائدة: أقل مدة الحمل للآدمي ستة أشهر، ومدته للفيل أحد عشر شهرا ومدة الحمل للإبل والخيل والحمير سنة وللبقر تسعة أشهر ومدة الحمل للشاة خمسة أشهر وقيل أربعة أشهر وللسنور شهران وللكلب أربعون يوما وللطير واحد وعشرون يوما.

ويجب أن ننبه هنا في هذا المقام أن ما يثبت تبعا لا تراعي فيه شرائط الأصل فلو أقر رجلان من الورثة أو أقر رجل وامرأتان بابن للميت يثبت نسبه للميت ويسري ثبوته على غير المقرين ولا تشترط له شروط الشهادة ومن أجل ذلك يثبت النسب بشهادة القابلة ويثبت له استحقاق من الإرث تبعا لثبوت النسب[1].

القاعدة الثانية والعشرون: «من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته»:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن من ملك شيئا ملك عين ما هو من ضروراته فمن

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٥٨ - ٢٥٩).

اشتري دارا مثلًا ملك الطريق الموصل إليها بدون تنصيص عليه ما لم يكن مملوكا ملكا خاصا[١] وكذلك لو اشترى رحى مبنية دخل المجرى الأعلى أو اشترى قفلا دخل مفتاحه أو بقرة حلوبا لأجل اللبن دخل عجلها.

وهذه أمثلة لملك العين وأما ملك التصرف فهو أن يعرض الدلال شيئا على رب الدكان ويتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب هذا الشيء الذي تركه فلا يضمن الدلال على الصحيح لأنه تصرف لابد منه في البيع وبهذا يكون الدلال قد ملك ترك الشيء المعروض للبيع عند رب الدكان لأن هذا من ضرورات البيع ولابد منه فكان مأمورا به.

بخلاف ما لو أخذ وكيل الشراء على سوم الشراء فهلك وقد بين الثمن فإنه يضمن ولا يرجع على موكله إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء إذ الأمر بالشراء لم يكن أمرا بالقبض على سوم الشراء[٢].

القاعدة الثالثة والعشرون: «إذا سقط الأصل سقط الفرع»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الأصل إذا سقط سقط الفرع لكن سقوط الفرع لا يسقط به الأصل فلو أبرأ الدائن الأصيل عن الدين برئ الكفيل بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصيل.

وكذا لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه له سقط ضمان الرهن وانقلب

---

(١) المادة: ٦-٤٧ من المجلة.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٦١).

أمانة، فإذا هلك في يد مرتهنه بلا تعدٍ فلا ضمان عليه.

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة ما لو حلف ليقضين دينه غدا فأبرأه الدائن عن الدين قبل مضي الغد أو حلف ليشرين ماء هذا الكوز اليوم وكان فيه ماء فصب قبل مضي اليوم بطلت اليمين لأن بقاءها فرع عن بقاء الدين وبقاء الماء.

ما يستثنى من القاعدة:

وخرج عن هذه القاعدة مسألة سقط فيها الأصل ولم يسقط الفرع وهي: ما إذا كانت الكفالة بنفس المديون فابرأه الدائن عن الدين فإن الدين يسقط ولكن تبقي كفالة النفس فيطالب الدائن الكفيل بإحضار المديون إلا إذا قال الدائن: لا حق لي قبل المديون فإنه حينئذ يلزم البحث عما إذا كان كفيل النفس قد كفل المديون بتسليمه للدائن لأجل هذا الدين فقط فإذا أبرأ الدائن المديون أو وفاه الدين. فيبرأ الكفيل بسقوط الدين حينئذ.

القاعدة الرابعة والعشرون: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الشيء إذا بطل فإنه يبطل ما في ضمنه. وعبر بعضهم عنها بقوله: إذا بطل المتضمن (بكسر الميم) بطل المتضمن (بفتحها).

ولهذه القاعدة فروع تندرج تحتها ومن فروع هذه القاعدة:

١ - ما لو أقر إنسان لآخر بحق أو أبرأه من حق وكان هذا الإقرار أو الإبراء مترتبا على عقد بيع أو صلح ثم بطل البيع أو الصلح بطل الإقرار والإبراء.

ومثال ذلك أن يشتري شخص من آخر عقارا أو سيارة فإن هذا الشراء يتضمن إقرار البائع للمشتري بالملك. أو يكون قد اشترى شيئًا من البائع وأقر له بالثمن في ذمته ثم ظهر أن المبيع مستحق للغير ولم يجز المستحق هذا المبيع فإن البيع يبطل ويبطل ما تضمنه أو ترتب عليه من الإقرار بالملك وبالثمن ويرجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان قد دفعه له، ولا يمنعه إقراره من ذلك لأنه بطل ببطلان البيع الذي تضمنه.

ومثال آخر: إذا صالح البائع المشتري عن دعوى العيب على مال دفعه البائع للمشتري ثم برأ المبيع بدونه معالجة المشتري بطل الصلح وبطل ما ترتب عليه ورجع البائع على المشتري بما دفعه له.

ومثل ذلك أيضا: لو صالح المدعى عليه المدعي على مال ودفعه المدعى عليه للمدعي ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه أي شيء بطل عقد الصلح ورجع المدعى عليه على المدعي بما دفعه من البدل ولا يمنعه من الرجوع ما تضمنه عقد الصلح من اعتراف المدعى عليه بالمال المدعى به لبطلان ذلك الاعتراف ببطلان الصلح[1].

ومن الفروع ما لو اشترى شيئا من شخص أكره على البيع وتصرف فيه المشتري تصرفا يقبل النقض (أي الإبطال) ثم زال الإكراه فإن البائع له إبطال تصرف المشتري.

---

(١) الدر المحتار وحاشيته (٤/ ١٩٩-٢٠٠).

ومن الفروع على قاعدة: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه».

ما لو باع بيعا فاسدا بغير إكراه، ثم سلم البائع الشيء المبيع للمشتري وسلم المشتري الثمن للبائع فإن البيع هذا لا ينعقد ولا يصح أن يكون بيعا بالتعاطي لأنه مبني على عقد فاسد وما بني على فاسد فهو فاسد وإنما قال بغير إكراه لأنه لو كان بإكراه ثم سلمه بعد زواله نفذ البيع.

ومن الفروع ما لو قال شخص لآخر: بعتك دمي بكذا ألف من المال فقتله وجب القصاص وكذلك لو اشترى من خصمه اليمين التي توجهت عليه بمال لم يلزم هذا المال وكان للخصم أن يستحلفه لأنه لما بطل العقد في المسألتين بطل ما في ضمنه من الإذن بالقتل وإسقاط اليمين.

بخلاف ما لو أمر بقتله أو صالحه عن طلب اليمين على مال أو افتداه منه بالمال حيث يسقط القصاص في الأولى واليمين في الثانية ويلزم المال .

ومن الفروع ما لو كان لشخص على آخر دين مؤجل فاشترى منه بهذا الدين شيئا فإن الأجل يسقط فإذا رد العين المشتراة على البائع المديون بخيار العيب بحكم الحاكم انفسخ البيع وعاد الدين مؤجلا كما كان .

وهذا بخلاف ما إذا رده إلى البائع بعد القبض بالتراضي لا بالتقاضي فإن الأجل لا يعود وبخلاف ما لو رده بالإقالة فإنه لا يعود أيضا.

ومن الفروع ما لو كانت النفقة التي على الزوج غير مستدانة بأمر القاضي فأبان الزوجة لا بقصد إسقاط النفقة بل بسبب آخر أو مات الزوج عنها فإن النفقة المتراكمة عليه تسقط عن ذمته لأنه لما بطل النكاح بطل ما ترتب عليه من النفقة.

ما يستثنى من القاعدة:

هذه القاعدة خرج عنها مسائل ومنها:

١- إنه لو اشتري ثمرا غير ناضج ثم استأجر الأشجار ليبقي الثمر عليها إلى وقت الحصاد فالإجارة باطلة ولا يبطل ما في ضمنها من الإذن بإبقاء الثمر فإذا أبقاه فزاد طابت له الزيادة.

٢- إنه لو اشترى دارا وقبل أن يراها بيعت دار بجانبها فأخذها بالشفعة ثم رد الدار الأولى بخيار الرؤية تبقى الدار الثانية التي أخذها بالشفعة له فقد بطل شراؤه الذي ترتب عليه الأخذ بالشفعة ولم يبطل الأخذ بها[١].

٣- ولو طلق الزوج إحدى زوجتيه طلاقا مبهما ثم ماتت إحداهما قبل البيان فإن الزوجة الحية تتعين للطلاق فلو قال: كنت عينت المتوفاة بالطلاق لا يعتبر قوله ذلك فإن قوله: كنت عينت المتوفاة بالطلاق لم يعمل عمله ولكن يبطل ما ترتب عليه من حرمان الإرث فلا يرث منها[٢].

٤- إذا كان لشخص على آخر دين مؤجل فاشترى به شيئا من المدين فإن الأجل يسقط فإذا تقايلا أي قال أحدهما للآخر أقلني من عقد البيع انفسخ البيع ولا يعود الأجل وصار دينه حالا فقد بطل المتضمِّن وهو عقد البيع ولم يبطل المتضمَّن الذي وقع في ضمنه وهو سقوط الأجل وحلول الدين.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٧٦).

(٢) المبسوط للسرخسي (٦/ ١٢٣).

٥- وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله في غير مجلس الحاكم فإن إقراره لا يعتبر ولكن ينعزل به عن الوكالة فقد بطل الإقرار ولم يبطل ما تضمنه من أنه لا يحق له مخاصمة المدعي فيما يدعي على موكله.

٦- ومنها ما لو دخل بالزوجة بعد نكاح فاسد قد سمى لها فيه مهرا فإنه يجب لها مهر المثل لا يتجاوز المسمى.

٧- ومنها ما لو استوفي المنفعة في الإجارة الفاسدة فإنه يجب عليه أجرة المثل لا يتجاوز به المسمى.

القاعدة الخامسة والعشرون: «من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه»[1]:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن من تعجل شيئا قبل وقته المقدر له في علم الله تعالى عوقب بالحرمان منه حتى لا يلجأ أحد إلى وسائل غير مشروعة تعجلا منه للحصول على ما هو مستحق له قبل أوانه فإن فعل ذلك استعجالا لحقِّه قبل الوقت المحدد له في تقدير الله فإن الشارع يعامله بنقيض مقصوده، فيوجب حرمانه جزاء فعله واستعجاله.

ولأنه من قبيل التقديم وعدم التسليم وهو منهي عنه لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُقَدِّمُوا۟ بَيْنَ يَدَىِ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۝١﴾ [الحجرات: ١]،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩).

كما أنه سوء أدب مع الله تعالى.

وقد ذكر الإمام القرطبي في سبب نزول هذه الآية الكريمة أنها نزلت في قوم ذبحوا أضحيتهم قبل أن يصلي رسول الله ﷺ فأمرهم أن يعيدوا الذبح حيث إنهم استعجلوا الذبح قبل وقته المحدد له شرعا فكان لغوا لأن كل عبادة مؤقتة بميقات لا يجوز تقديمها ولا تأخيرها عليه(١).

وقد عبر السبكي عن هذه القاعدة بقوله: ما ربط الشارع حكما فعمد المكلف إلى استعجاله لينال الحكم فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده أو لا لوجود الأمر الذي علق الشارع الحكم به؟ وعبر عنها غيره فقال: ومن استعجل ما أخره الشرع يجازى برده(٢) وقال ابن الحاجب: من استعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه(٣).

مكانة هذه القاعدة:

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع وهو مبدأ معمول به في الشريعة قال تعالى: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ **إلى أن قال:** ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٣١﴾﴾

[سورة النور: آية ٣١]

(١) الجامع لأحكام القرآن (١٦/ ٣٠٠).

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٧٨). ودرر الحكام (ص٨٧).

(٣) قواعد ابن رجب القاعدة: ١٠٢ (ص٣٣٠).

ومن حكمة المولى سبحانه وتعالى أنه إذا حرم شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها خشية أن يقرب حماه ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به وحكمته تأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة الملوك في الدنيا تأبى ذلك فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة فإنه يعد متناقضا ويحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده.

وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة[1] لا شك أنها عملت على سد الذرائع المفضية إلى المحارم ونهت عنها وحرمتها.

فروع القاعدة:

ذكر السيوطي لهذه القاعدة فروعًا وبيانها كالآتي:

الفرع الأول: تخليل الخمر: قال السيوطي رحمه الله تعالى: إذا خللت الخمر بطرح شيء فيها لم تطهر، فالخمر لا يجوز تخليلها ولا تطهر بالتخليل إذا خللت بوضع شيء فيها، أما إذا كانت قد خللت بالنقل من الشمس إلى الظل أو نحو ذلك فأصح وجه عند الشافعية أنها تحل وتطهر.

وقال الأوزاعي وأبو حنيفة: تطهر إذا خللت بوضع شيء فيها، وعند مالك

(١) أصول الفقه للبرديسي (ص٣٥٢).

ثلاث روايات: أصحها أن التخليل حرام فلو خللها عصى وطهرت والراجح من هذه الأقوال: أن الخمر لا تطهر بالتخليل وإنما لم تطهر بالتخليل لأنه استعجل شيئا قبل أوانه فعوقب بالحرمان.

فقوله: خللت أي صارت خلًّا بالصنعة وأما إن تخللت، أي صارت خلًّا بنفسها وإذا صارت الخمر خلًّا بنفسها طهرت أما إذا صارت خلًّا بالصنعة فلا تطهر فقد سئل النبي ﷺ: أتتخذ الخمر خلًّا؟ قال: «لا»[1] وسميت بذلك لأن الخمر تخامر العقل أي تغطيه ومن ذلك خمار المرأة الذي تستر به رأسها والخمر تذكر وتؤنث وتذكيرها أفصح وهي نجسة باتفاق[2] والعلة في تحريمها المفاسد الكثيرة المترتبة على زوال العقل الذي هو مناط التكليف.

الفرع الثاني: ذبح الحمار: قال السيوطي: ونظيره إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده لم يجز كما جزم به في الروضة[3] فإذا ذبح رجلٌ حمارًا ليأخذ جلده فلا يجوز له ذلك وإذا دبغه فإن جلده لا يطهر لأنه استعجل موت الحمار قبل موعده المحدد له في علم الله وتقديره وهذا بالنسبة للحمار الأهلي فإن من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه.

أما الحمار الوحشي فإنه يطهر بالدباغ لأنه يؤكل ويذبح كما تذبح الأنعام. والشيء الذي استعجله قبل أوانه هو الذبح، إذ أن الذبح كان استعجالا لموت الحمار قبل أوانه. وأما الشيء الذي عوقب بحرمانه فهو عدم طهارة الجلد بالدباغ.

(١) يراجع: نيل الأوطار (٨/ ٢١١).

(٢) المغني لابن قدامة (١/ ٧٢).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٩).

وهناك رأي آخر يرى جواز الذبح وأنه إذا ذبح الحمار ودبغ جلده طهر لأن القول بعدم طهارته مخالف لما ورد في حديث ميمونة «**دباغ الأديم طهوره**» وفي حديث آخر «**أيما إهاب دبغ فقد طهر**» وهو حديث حسن صحيح[١] والإهاب الجلد قبل الدبغ قال الإمام الشوكاني: فالحق أن الدباغ مطهر والأحاديث تدل على عدم اختصاص هذا الحكم بنوع من أنواع الميتة فجميع جلود الميتة تطهر بالدباغ إلا جلد الكلب والخنزير والمتولد منهما أو من أحدهما.

ويطهر الجلد بالدباغ ظاهرا وباطنا ويجوز استعماله في الأشياء اليابسة والمائية عند الجمهور[٢] ولأن نجاسة جلد الميتة طارئة فتزول بالمعالجة[٣] وعلى القول بطهارة الجلد بالدباغ يكون الفرع مستثنى من القاعدة وهو ما صرح به القمولي في الجواهر حيث قال بطهارته استنادا إلى الأحاديث المتقدم ذكرها حيث وردت عامة.

الفرع الثالث: حرمان القاتل الإرث: قال السيوطي: ومنها أي الفروع: حرمان القاتل الإرث[٤] فالقاتل لا يرث لأنه استعجل إرثه من المورث قبل أوانه فيعاقب بالحرمان فلا يكون وارثا للمورث لقوله ﷺ: «**ليس للقاتل شيء**» وقوله ﷺ: «**من قتل قتيلا فإنه لا يرثه، وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث**»[٥].

---

(١) التخليص الحبير لابن حجر (١/ ٤٦).

(٢) نيل الأوطار (١/ ٧٦-٧٧)، بتصرف.

(٣) حاشية الروض المربع للنجدي (١/ ١١٠).

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٢٦٩).

(٥) نيل الأوطار (١/ ٨٥).

وقد اختلف الفقهاء في القتل المانع من الميراث: فيرى الحنفية أن القتل يمنع الميراث بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون القتل مباشرا. والشرط الثاني: أن يكون بغير حق وإلا فلا يمنع من الميراث.

وللرد عليهم نقول: بأن القتل يمنع وقوفا مع النص وسدًّا للذريعة.

وأما المالكية فيقولون: يمنع القتل من الميراث إذا كان عمدا عدوانًا أما القتل الخطأ فلا يمنع وكذلك القتل بحق.

ويرى الشافعية أن القتل يمنع من الميراث مطلقا سدا للذريعة ولأننا لو جوزنا ذلك لأدي إلى قتل أنفس كثيرة لميراث ما وراءها من المال ولحديث الرسول: «**لا يرث القاتل شيئا**»[1] وهو يفيد العموم.

وهذا الفرع مرتبط بالقاعدة: وعليه فلو قتل وارث مورثه مستعجلا الإرث فإنه يحرم من الميراث سواء أكان متهما أم غير متهم لأن الدين الإسلامي لو أجاز إرث القاتل لقتل الأبناء الآباء فكان منع القتل من الميراث سدا لذريعة الفساد ومعاملة للقاتل بنقيض مقصوده الفاسد فلا يرث القاتل من المقتول شيئا.

الفرع الرابع: ومن الفروع التي تدخل تحت هذه القاعدة:

لو طلق رجل امرأته ثلاثا بغير رضاها في مرض موته قاصدا حرمانها من الإرث ومات في العدة فإنها ترثه وفي قول إنها ترثه حتى لو مات بعد انقضاء عدتها

---

(١) التخليص الحبير (٣/ ٨٥).

ومثل ذلك الفار من دفع الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب[1] أو إخراجه عن ملكه إذ تجب عليه الزكاة معاملة له بنقيض قصده. وكذلك لو وضع أكثر أمواله في ملك ما لا زكاة فيه كالعقار والحلي عند من يقول بعدم وجوب الزكاة فيه ينزل منزلة الفار في أحد الوجهين عند الحنابلة[2].

الفرع الخامس: ومنها: الغال من الغنيمة: يحرم أسهمه على قول، ومنها: من تزوج امرأة في عدتها من غيره حرمت عليه على التأبيد على رواية.

الفرع السادس: ومنها: من ثبت عليه الرشوة: لغرض ما فهو يحرم منها عقوبة له.

ومنها: السكران بشرب الخمر عمدا يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله تغليظا عليه فإذا قتل يقتل وإذا سرق يقام عليه الحد وهكذا.

مستثنيات القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة عدة صور لمدرك خاص وفيها يكون المكلف قد استعجل شيئا قبل أوانه ومع هذا فلا يعاقب بالحرمان. ومن أهم هذه الصور:

١- ما لو قتل صاحب الدين المدين حل الدين في الأصح، لأن الدين يحل بموت المدين فإذا مات انقطع الأجل وحل الدين فيكون له في هذه الحالة حق مطالبة الورثة بالدين لأن ذمة المدين خربت بالموت وانعدمت ولا يتهم الدائن بتعجيله الدين بقتل المدين.

---

(١) الروض المربع حاشية النجدي (٣/ ١٧٨).

(٢) يراجع: التخليص الحبير (٣/ ٨٥).

وهذا في أصح القولين في المذهب الشافعي[(١)] أما مقابل الأصح فلا يحل الدين بقتل المدين لأن الأجل من لواحق عقد البيع وتأجيل دفع الثمن لأجل الارتفاق بالمدين فيبقي مؤجلا حتى بعد موته لأجل الارتفاق بالورثة.

ويرد على هذا بأن الأجل كان للارتفاق لوجود ذات قائمة صالحة للالتزام في الذمة وقد انعدمت بالموت فأصبح الدين حالا فحق له مطالبة الورثة. ومع هذا فإن مقابل الأصح هو الأقرب إلى روح التشريع الإسلامي فيكون العمل به أولى، بل العمل به أوجب لئلا تضيع الحقوق وتهدر النفوس ومن ثم فلا يحل الأجل بل ينتفع الورثة بهذا الأجل الذي كان مقررا للمدين أن ينتفع به فإن من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه فيعامل الدائن المتعجل بنقيض مقصوده.

٢- ومن الفروع ما لو قتل الموصى له الموصي استحق الوصية في الأصح وهذا على خلاف مقتضى القاعدة مع أنه قتل الموصي استعجالا للوصول إلى ما يستحقه بالوصية فكان مقتضى القاعدة حرمان الموصى له من الوصية لأنها مال مستحق بالموت فيمنع القتل منه كالميراث.

ومع هذا استحق الوصية في الأصح لقيام الأدلة الشرعية على أن الموصى له يملك الوصية بموت الموصي فالموت سبب في دخول الوصية في ملك الموصى له فإذا وجد السبب تحقق المسبب ولا عبرة بنوع تحقق السبب فتدخل الوصية في ذمة الموصى له بالموت مطلقا.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٠). ودرر الحكام (ص٨٧)، والمنثور للزركشي (٣/ ١٨٣)، وإيضاح المسالك (ص٣٢١).

ولأنها تمليك بعقد[1] فأشبهت الهبة وخالفت الإرث إذ أن الإرث ينتقل إلى الوارث دون توقف على عقد ومن ثم فلا يشترط رضا الوارث ولا قبوله بل يدخل في ملكه رغما عنه.

ومقابل الأصح يمنع من ذلك فلا يستحق الموصى به إجراء للوصية مجرى الميراث لأن كلًّا منهما مال مستحق بالموت فكان القتل مانعا من الوصية فلا يستحق شيئا وهذا هو المعقول الذي يتفق مع مبدأ سد الذرائع والأخذ به يمنع القتل والقاعدة تؤيد ذلك فيكون الفرع من القاعدة.

ويرد عليه بأن هذا قياس مع الفارق لأن التمليك بالميراث قهري أما في الوصية فهو اختياري وهذا فرق فلا يكون الفرع من القاعدة.

حكم الوصية لمن يقتله:

فإذا أوصى شخص لمن يقتله فالوصية باطلة ولا تنفذ شرعا لأنها غير مشروعة، ولأن الغرض من الوصية القربة وتدارك ما فات من الطاعات، والقتل من الكبائر والفساد في الأرض، ولا تجتمع الطاعة والمعصية، ولو صحت الوصية للقاتل لكان في ذلك تشجيع على ارتكاب المعاصي والإعانة عليها وذلك لا يتفق مع الوصية لأن من شروطها ألا تكون بمحرم.

وأما الوصية للكافر فهي صحيحة لأنها وصية لإنسان والكفر لا ينافيها لأن القصد إحياء النفس الإنسانية.

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٤٣).

ولقوله ﷺ: «**في كل كبد رطبة أجر**»[1] ولأنه يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع فجازت للكافر الوصية[2] وكذلك تصح الوصية للمرتد مثل الكافر وتكون موقوفة فإن عاد إلى الإسلام نفذت وإن مات على ردته بطلت.

ولا يخالف هذا اشتراط ألا تكون بمحرم لأن القصد منها الشخص من حيث هو نفس إنسانية قال تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۚ وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴿٣٢﴾﴾ [سورة المائدة: آية ٣٢].

٣- ومن أمسك زوجته مسيئا عشرتها، لأجل إرثها ورثها في الأصح أو لأجل الخلع نفذ الخلع في الأصح فلو تزوج إنسان امرأة غنية وأساء عشرتها قاصدا موتها ثم ماتت فمقتضى القاعدة أنه لا يرث منها شيئا ولكنه يرثها في الأصح وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، وكذلك الخلع ينفذ في الأصح ومقابل الأصح لا يرث لأنه يصدق عليه أنه قاتل والقاتل لا يرث تمشيًا مع القاعدة ولا ينفذ الخلع لأنها لم تخالعه اختيارا بل إكراها وجبرا عنها بسبب سوء عشرته لها وعليه فالفرع داخل مع القاعدة في كلتا الحالتين.

ويرى أستاذنا الدكتور جاد الرب أن هذا الفرع لا يدخل أصلا تحت القاعدة فيكون عده من فروعها غير صحيح لأن سوء العشرة لا يؤدي إلى الموت حتما ولا

---

(١) راجع: نيل الأوطار (٧/ ٥).

(٢) المهذب للشيرازي (١/ ٤٥١)، وروضة الطالبين (٦/ ١٥٧).

يقينا ولا ظنا بل احتمالي والاحتمالات لا تبنى عليها الأحكام لأن الأحكام تبنى على اليقين وعليه فالاستعجال المترتب عليه الحرمان يكون في الأمر الحتمي المتيقن الذي يكون سببا قويًا في الموت.

وإساءة العشرة ليست من هذا القبيل بل هي أمر احتمالي قد يكون فيه الموت وقد لا يكون ومن ثم يكون هذا الفرع ليس من القاعدة في شيء فضلا عن أن يكون قد خرج وأخذ حكما غير حكمها فالزوجة هنا قد ماتت موتا طبيعيًا وعليه فالزوج لا يمنع من ميراثها وكذلك ينفذ الخلع لأن إساءة العشرة لا تؤدي إلى الخلع فبإمكانها أن تصبر على أذاه وتفوت عليه مقصوده.

٤ - ومن شربت دواء فحاضت لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعا وكذلك لو نفست بشرب هذا الدواء فالحكم الأصلي أن الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة فإذا شربت المرأة الدواء لتحيض قبل الأوان لكي لا تصلي فمقتضى القاعدة أنها تقضي الصلاة لأنها استعجلت نزول الدم قبل أوانه ومع هذا فلا قضاء عليها وعليه فلا يكون الفرع من القاعدة لأن عدم القضاء ثابت بالنص اليقيني ونزول الدم بالدواء احتمالي، والاحتمالي لا يقدم على الثابت بالنص لأنه يقيني قالت عائشة رضي الله عنها: كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فكنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة»[1].

وكذلك لو نفست المرأة بشرب الدواء فحكمها حكم الحائض.

---

(١) التخليص الحبير (١/ ١٦٤).

٥- ومن رمى نفسه من شاهق ليصلي قاعدًا لا يجب القضاء وإذا أخذنا بمقتضى القاعدة فالواجب عليه قضاء الصلاة لأنه استعجل شيئا قبل أوانه وهو الصلاة قاعدا فيعاقب بالحرمان فيقضي الصلاة ولكنهم قالوا: لا يجب القضاء لوجود السبب وهو العجز وإذا وجد السبب ترتب عليه الحكم المسبب وعليه فيكون الفرع مستثنى من القاعدة وهذا هو الأصح.

ومقابل الأصح يجب عليه القضاء لأنه استعجل صلاته من قعود قبل أوانه حيث ألقى بنفسه من شاهق ليمرض مرضا يعجزه عن القيام فيصلي من قعود فهو قد استعجل شيئا قبل أوانه فيعاقب بالحرمان من الترخص لأنه خاص بالمرض الطبيعي الذي يعجزه عن الصلاة من قيام وعليه فيكون الفرع من القاعدة وهذا غير قوي لأنه عاجز عن أداء الصلاة من قيام لوجود السبب وهو العجز عن أداء الصلاة من قيام بصرف النظر عن السبب ذاته.

٦- ومن الفروع المستثناة من القاعدة: ما لو طلق زوجته في مرض الموت فرارا من الإرث نفذ الطلاق ولا ترثه لئلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب ولكنهم قالوا: إنها ترثه معاملة له بنقيض مقصوده وهو المذهب القديم للإمام الشافعي ورأي بقية المذاهب الأخرى وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية وعليه فيكون الفرع من القاعدة فيدخل تحتها ويأخذ حكمها لأن من استعجل شيئا قبل أوانه فيعاقب بالحرمان فترثه الزوجة وتأخذ حقها في الميراث.

وأما المذهب الجديد فلا ترثه لئلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب وعليه يكون الفرع مستثني من القاعدة وفيه نظر بين الفقهاء، فمنهم من ورثها منه حتى

ولو انقضت عدتها ومنهم من جعل لها حق الإرث إذا مات وهي في العدة، ومنهم من قال بأنها لا ترث.

٧- ومن الفروع المستثناة ما لو باع المال الذي وجبت فيه الزكاة قبل الحول فرارا من الزكاة صح جزما ولم تجب الزكاة لئلا يلزم إيجابها في مال لم يحل عليه الحول في ملكه فتختل قاعدة الزكاة[1] وذلك لأن الحول سبب لوجوب الزكاة في المال الحولي الذي بلغ نصابا.

فإذا ملك نصاب الزكاة ثم حال عليه الحول وجبت الزكاة فإذا باع المال قبل الحول بقصد الفرار من الزكاة صح البيع جزما ولم تجب الزكاة[2].

لأن المال لم يحل عليه الحول وهو في ملكه بل حال عليه وهو في ملك غيره فانتفى سبب وجوب الزكاة فلا تجب لئلا تختل قاعدة الزكاة وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة لأن مقتضى القاعدة وجوب الزكاة عليه فمن استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه ولكنه لم يعاقب بل سقط عنه وجوب الزكاة ولكن لم تسقط عنه العقوبة الأخروية.

وفي مذهب **الإمام أحمد**: لو باع بقصد الفرار لم تسقط الزكاة معاملة له بنقيض قصده وقد عاقب الله تعالى الفارين من الصدقة فقال: ﴿إِنَّا بَلَوْنَٰهُمْ كَمَا بَلَوْنَآ أَصْحَٰبَ ٱلْجَنَّةِ﴾ [سورة القلم: آية ١٧]، الآيات عاقبهم الله بذلك لفرارهم من الزكاة ولئلا يكون ذريعة إلى إسقاطها جملة لما جبلت عليه النفوس من الشح.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٠).

(٢) حاشية النجدي على الروض المربع (٣/ ١٧٨).

ولهذا قال مالك: لا يحل الاحتيال لإسقاط الزكاة ولا غيرها من حقوق الله عز وجل[1].

٨- ومن شرب شيئا ليمرض قبل الفجر فأصبح مريضا جاز له الفطر لأن المرض قد تحقق وهو سبب شرعي لجواز الفطر قال تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [سورة البقرة: آية ١٨٤]، وكان مقتضى القاعدة عدم جواز الفطر لأنه استعجل الفطر بالمرض الناشئ عن الشراب أو غيره ومن استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه لكنهم قالوا: له الفطر.

لأن المرض تحقق فعلا والفطر بالمرض ثابت بالنص بقطع النظر عن السبب الذي يخاف معه الضرر ومرده إلى الطبيب العدل الثقة لأن أهل الخبرة هم الأطباء العدول، وقيل: يكتفى بالتجربة بموافقة شخص آخر يماثل حالة المريض والأول هو المعتمد لأنه أضبط وأيسر.

٩- ومن الفروع المستثناة: من أفطر بالأكل متعديًا ليجامع فلا كفارة. ولإيضاح هذا الفرع نقول: إن الكفارة لا تجب في رمضان بالفطر عند الشافعية إلا بالجماع وهو مذهب الحنابلة والظاهرية وخالف في ذلك الحنفية والمالكية فقالوا: إن الكفارة تجب بالأكل عمدا وبالجماع في نهار رمضان فلو أكل أو جامع وجبت عليه الكفارة طالما كان الأكل عمدًا.

أما الشافعية فلا كفارة عندهم بالأكل عمدا فلو أكل ليجامع في نهار رمضان فلا

---

(١) حاشية الروض المربع (٣/ ١٧٩). و الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٧٩).

كفارة عليه وكان مقتضى القاعدة وجوب الكفارة لأنه توصل بالأكل إلى الجماع تحايلا حتى لا تجب عليه الكفارة فكان الواجب أن يعامل بنقيض مقصوده سدا للذريعة ولكن لا تجب عليه الكفارة لأن النص ورد في الجماع، وما عداه ليس في معناه[1].

١٠- ومن الفروع المستثناة: لو جَبَّتِ الزوجة ذكر زوجها، أو هدم المستأجر الدار المستأجرة ثبت لهما الخيار في الأصح. وتوضيح هذا الفرع أن الزوجة يثبت لها الخيار في فسخ النكاح إذا كان الزوج مجبوبًا أي مقطوع الذكر أو كان عنينا وهو العاجز عن الجماع أو كان خصيًا أو به جنون أو برص وذلك دفعا للضر وهذا عند الحنفية ومن وافقهم فهل يثبت للزوجة ذلك إذا قامت بقطع ذكر زوجها؟

قالوا: لها الحق في فسخ النكاح وكان مقتضى القاعدة عدم ثبوت هذا الحق لها، لأنها استعجلت شيئا قبل أوانه وهو الجب فتعاقب بالحرمان من طلب الفسخ ولكنهم قالوا: لها الحق في طلب الفسخ وعليه فالفرع خارج عن القاعدة.

ومعنى هذا أنه إذا وجد السبب وهو الجب ترتب عليه المسبب وهو الخيار حتى لو كان السبب في حدوث العيب منها وهذا هو الأصح.

وكذلك لو هدم المستأجر الدار المستأجرة فله الخيار في الأصح وكان مقتضى القاعدة عدم ثبوت الخيار، لأنه استعجل شيئا قبل أوانه وهو الهدم فيعاقب بالحرمان وهو الخيار في الفسخ ولكنه لم يعاقب وثبت له الخيار.

ومقابل الأصح لا يثبت لهما الخيار تمشيًا مع القاعدة لأنه هو الذي فعل ذلك. ويرد عليه: أنه يثبت لهما الخيار لأننا لو أسقطنا الخيار لضاع معنى السببية فيوجد

(١) مغني المحتاج للشربيني الخطيب (١/ ٤٤٣).

السبب ولا يوجد المسبب.

والجواب: أن السبب قد يوجد ويتخلف المسبب لوجود مانع خارج عن السبب كالبنوة فإنها سبب للإرث ولكنه قد لا يحدث الإرث لكون الولد قاتلا فالقتل مانع من ترتب المسبب وهو الإرث فكأنه غير موجود[١].

١١- ومن المستثنيات ما لو خللت الخمر بغير طرح شيء فيها كنقلها من الشمس إلى الظل وعكسه طهرت في الأصح وذلك لأن الخمر إذا تخللت وصارت خلا بغير صنعة طهرت عند الشافعية فإذا نقلها من الشمس إلى الظل أو العكس فإنها تطهر في الأصح لأن نقلها ليس بصنعة وكان مقتضى القاعدة أنها لا تطهر لأنه بنقلها تعجل شيئا قبل أوانه ومن استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بالحرمان وعليه فالفرع خارج عن القاعدة.

ومقابل الأصح يرى أنها لا تطهر لأنها بالانتقال أصبحت كالتي عولجت بالصنعة فيعامل بنقيض مقصوده وعليه فالفرع من القاعدة وعلة النجاسة والتحريم في الخمر الإسكار فإذا زال الإسكار انتفي التحريم وانتفت النجاسة فالحكم يدور مع علته وجودا وعدما ولأن العصير غالبًا لا يتخلل إلا بعد التخمير فلو لم تطهر لتعذر إيجاد خل حلال[٢].

ويرد عليه بأن هذا ليس من الاتخاذ الذي سئل عنه رسول الله ﷺ من بعض الصحابة قال: أتتخذ الخمر خلا؟ قال: «لا». فإن مفهومه تطهر إذا لم تعالج

(١) المرجع السابق (١/ ٨١).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٧٠).

بالصنعة وتخللت بنفسها وإذا كان تخللها بالصنعة فإنها لا تطهر للحديث: «أتتخذ الخمر خلا؟ قال: «لا». وهذا ليس مرادا هنا.

١٢- ومن الفروع المستثناة: ما لو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول استقر المهر في الأصح.

وبيان ذلك أن المرأة إذا قتلت نفسها بعد العقد وقبل الدخول استقر لها المهر في الأصح لأن الشارع قرر أن المهر يستقر كله بالموت أو بالدخول أو الخلوة وقبل ذلك لا يستقر بل يتصف.

فإذا قتلت المرأة نفسها استقر المهر كله لأن الموت سبب لتقرر المهر وقد ماتت وإذا وجد السبب ترتب عليه المسبب وبذلك خرج الفرع عن القاعدة لأن مقتضى القاعدة عدم استقرار شيء لأنها استعجلت شيئا قبل أوانه لكنهم قالوا: باستقرار المهر فخرج الفرع عن القاعدة وهذا في الأصح.

وأما مقابل الأصح فلا يستقر لها المهر ؛ لأنها استعجلت شيئا قبل أوانه بفعل منها فتعاقب بالحرمان وعليه فالفرع من القاعدة وبهذا نكون قد انتهينا من بيان الصور الداخلة والخارجة عن قاعدة: من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه.

وبالتأمل فيما أوردناه من الفروع يتضح أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الصور الداخلة فيها، بل الحقيقة أنه لم يدخل فيها غير حرمان القاتل من الإرث. أما تخليل الخمر فليست العلة في الاستعجال على الأصح بل العلة تنجيس الملاقي له ثم عوده عليه بالتنجيس[1]. وقد نبه الإمام السيوطي على ذلك بما ذكرناه في هذا

---

(١) مغني المحتاج للشربيني الخطيب (١/ ٨١).

التأمل ويمكن لهذه القاعدة أن لا تحتاج إلى هذه المستثنيات بما نقله قاضي القضاة علم الدين البلقيني عن والده أنه زاد في القاعدة لفظا فقال: من استعجل شيئا قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه» فيكون الحرمان مقيدا بعدم المصلحة في الاستعجال، فإذا كان القصد من وراء الاستعجال تحقيق مصلحة معتبرة شرعا فلا يتأتى الحرمان حينئذ.

ثم ذكر السيوطي في نهاية هذه القاعدة نظيرا لها في اللغة العربية فقال: إن اسم الفاعل لا يعمل إلا إذا تقدم المعمول وتأخر النعت وأريد به الحال أو الاستقبال، لأن اسم الفاعل فيه معنى الفعل وهو الحدث مثل الضارب زيدا الآن أو غدا وإنما عمل لجريانه على الفعل الذي هو بمعناه وهو المضارع ومعنى جريانه على الفعل أنه موافق له في الحركات والسكنات لموافقة الضارب ليضرب فهو يشبه الفعل الذي هو بمعناه لفظا ومعنى.

وأما إن كان بمعنى الماضي لم يعمل لعدم جريانه على الفعل الذي هو بمعناه فهو مشبه به معنى لا لفظا فلا تقول: هذا الضارب زيدا أمس بل يجب إضافته فتقول: هذا ضارب زيد أمس وهناك أسباب أخرى تمنع اسم الفاعل عن عمله منها تصغيره، لأن التصغير من خواص الأسماء. فاسم الفاعل يجوز أن ينعت بعد استيفاء معموله فإذا نعت قبله امتنع عمله من أصله مثل الضارب القائم زيد لأن النعت مقدم.

القاعدة السادسة والعشرون: «الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الحقوق الساقطة أو القابلة للسقوط إذا سقط منها

شيء بمسقط فإنه لا يعود بعد سقوطه. فكما أن المعدوم لا يعود فكذلك الساقط بعد سقوطه أصبح معدوما فلا يعود[١].

فروع القاعدة:

لهذه القاعدة فروع. ومما يتفرع على هذه القاعدة:

١ - ما لو كان الثمن غير مؤجل وسلم البائع المبيع للمشتري قبل قبض الثمن فإنه يسقط حق البائع في حبس المبيع، وليس له استرداده بعد ذلك وحبسه ليستوفي الثمن.

٢- وكذلك لو قبضه المشتري والحالة هذه بمرأى من البائع ولم ينهه والبيع باق فإنه يسقط حق البائع في حبس المبيع. أما لو كان البيع وفاء لدين للمشتري على البائع فلا يسقط حق المشتري إذا أخذه البائع في استرداده وحبسه بالثمن[٢].

٣- وكذلك الخياط والصباغ إذا سلم العين التي كان لعمله أثر فيها حقيقة أو حكما سقط حقه في الحبس وكذلك المرتهن وهو الدائن إذا سلم العين المرهونة للراهن سقط حقه في استرداها لأن الساقط لا يعود وكذلك إذا كان له أرض فباعها بشرط الخيار له ثم سلمها وأذن للمشتري بزراعتها ولو بطريق العارية فزرعها سقط خياره.

٤- ومن الصور التي تدخل تحت قاعدة الساقط لا يعود ما لو كان لشخص دين على آخر وأبرأه من الدين وقبل المدين أو سكت ولم يرد سقط الدين ولا تسمع دعوى الدائن به وإن أقر المدين له بالدين بعد ذلك.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٦٥)، بتصرف في الصياغة.

(٢) البدائع للكاساني (ص١٢٤). نقلا عن القواعد الفقهية للزرقا (ص٢٦٥-٢٦٦).

٥- ومن له حق الشفعة أو حق خيار الشرط أو العيب أو حق القصاص إذا أسقطه سقط ومتى سقط شيء من جميع ذلك لا يعود. والموصى له بالمنفعة إذا أسقط حقه منها سقط ولا يعود.

فخرج بذلك الحقوق التي لا تسقط بالإسقاط، ومن أهمها:

١ - لا يسقط بالإسقاط ما لو أسقط الوارث حقه من الإرث أو أسقط المستحق في الوقف حقه فإنه لا يسقط بالإسقاط ومما لا يسقط بالإسقاط حق الرجعة.

ومثله يقال في الإدخال والإخراج في الوقف لمن شرطه له فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم فيها فلا تسقط بالإسقاط.

وكذلك حق الشفعة قبل البيع فلو أسقطه الشفيع قبله لا يسقط لأنه إنما يثبت بعد البيع لا قبله وما ثبت حقًّا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصودا كخيار الرؤية.

لكن قد يسقط بطريق الضرورة بأن يتصرف العبد في حق نفسه مقصودا فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل وذلك إذا باع الإنسان ما اشتراه فاسدا أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ[1].

٢- ومن الحقوق التي لا تسقط بالإسقاط حق الزوجة فإنها لو رضيت بالخروج من وطنها الذي نكحها فيه وسكنت معه في بلدة أخرى ثم امتنعت وأرادت العودة إلى وطنها فإنها لا تمنع من العودة إلى الوطن فيما يظهر لأن رضاها

(١) يراجع: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٧-٣٠١).

فيما مضي بإسقاط حقها لا يوجب سقوطه.

٣- ومما لا يسقط بالإسقاط حق رب السَّلَم في لزوم التسليم في المكان المعين في عقد السَّلَم وحق المسْلَم إليه في قبض الثمن في مجلس السلم فإنهما لا يسقطان لأنهما حق الشرع إذ بدونهما يفسد العقد.

٤- ومثل ذلك ما لو اشترى العين المستأجرة أو المرهونة بدون إذن المستأجر أو المرتهن وكان يعلم حين الشراء بالإجارة أو بالرهن أو لا يعلم فإن له الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن وإذا أسقط حقه في هذا الخيار ولو بصريح الإسقاط لا يسقط وذلك لأن تصحيح هذا الإسقاط يترتب عليه تصحيح أمر مغاير للأوضاع الشرعية لأنه عبارة عن التزام المشتري تأجيل المبيع إلى انتهاء مدة الخيار في العين المستأجرة أو إلى فكاك الرهن في العين المرهونة وتأجيل الأعيان باطل.

٥- ومما لا يسقط بالإسقاط حق الوكيل بالبيع في المطالبة بالثمن فإنه لا يسقط بالإسقاط فيما يظهر لأن الموكل لا يملك شرعا هذه المطالبة لكون الشرع جعل حقوق العقد عائدة أصالة للعاقد وإن لم يكن مالكا[1].

القاعدة السابعة والعشرون: «تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات وعامل عمله

---

(١) شرح القواعد الفقهية (ص٢٦٨-٢٦٩).

والأصل في ذلك ما ورد في لحم أهدته بريرة للنبي ﷺ فقيل له: إن هذا اللحم قد تصدق به أصحابه عليها فقال: «**هو عليها صدقة وهو لنا هدية**» فقد أقام ﷺ تبدل سبب الملك من الصدقة إلى الإهداء فيما هو محظور عليه وهو الصدقة مقام تبدل العين[1].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة مسائل كثيرة ومنها:

١- ما لو اشترى عينا من شخص ثم باعها لغيره ثم اشتراها من ذلك الغير ثم اطلع على عيب قديم فيها كان عند البائع الأول فليس له أن يردها عليه لأن هذا الملك غير مستفاد من جانبه بخلاف ما لو اشترى من رجل دارا وقبضها ثم باعها لغيره ثم اشتراها منه ثانيًا ثم استحقت الدار من يد المشتري فإنه له أن يرجع على البائع الأول بالثمن

٢- ومنها: ما لو وهب لغيره العين الموهوبة له ثم عادت إليه بسبب جديد بأن باعها منه أو تصدق بها عليه فأراد الواهب أن يرجع في هبته لا يملك ذلك وكذلك لو باع عقارا لغيره وكان له شفيع وسلم الشفيع الشفعة للمشتري ثم تقايل البائع والمشتري في البيع فللشفيع أن يأخذ العقار من البائع بالشفعة حيث كان عوده إليه بسبب جديد وهو الإقالة لأنها بيع جديد في حق ثالث والشفيع هنا ثالثهما.

وكذلك لو اشتراه البائع من المشتري كان للشفيع أخذه بالأولى لأن تبدل

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٤٦٧).

سبب الملك قائم مقام تبدل الذات وعامل عمله.

القاعدة الثامنة والعشرون: «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن المعلق بالشرط إذا كان من الأمور التي يصح تعليقها بالشرط يجب ثبوت وجود المعلق عند ثبوت وجود الشرط.

والتعليق معناه التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل. أو نقول: التعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى سواء كان الربط بإحدى أدوات الشرط نحو: «إن وإذا وإذ ما وكل، ومتى، وكلما، ومتى»، أو كان الربط بما يقوم مقامها في إفادة الربط المذكور من نحو: ظرف أو حرف جر غير لام التعليل أو استثناء بإلا أو إذا تقدمه ما لا يحتمل التأقيت كالطلاق[1].

كما لو قال شخص: امرأته طالق إلا أن يقدم زيد من سفره، فإنه يحمل على الشرط فيصير كأنه قال: إن لم يقدم زيد من سفره فامرأته طالق وهذا فيما لا يحتمل التأقيت فإن كان مما يحتمل التأقيت كالأمر باليد فإنه يكون للغاية لا للشرط.

ويشترط لصحة التعليق كون الشرط المعلق عليه معدومًا في الحال ممكن الوجود عادة في المستقبل. فالتعليق بالشيء المحقق الوجود في الحال كقوله: إن كانت السماء فوقنا فامرأتي طالق فهذا فليس من قبيل التعليق بل هو تنجيز.

وكذلك التعليق بالأمر الممكن عقلا لا عادة كإن لم أصعد السماء فامرأتي

---

(١) المرجع السابق (ص٤١٥).

طالق فهو أيضًا تنجيز وقوله إن لم أقلب هذا الحجر ذهبا فكل ذلك تنجيز ويحنث به في الحال.

والتعليق بالمستحيل الوجود من الأمور كقوله: إن دخل الجمل في سم الخياط فهو لغو وباطل وعلى هذا فإن الأمور التي يرد عليها التعليق بالشرط ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يصح تعليقه بمطلق الشرط ملائما أو غير ملائم: وهي الإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق فإنه يصح تعليقه بالشرط مطلقا سواء كان ملائما كقوله لزوجته: إن أسأت إليّ فأنت طالق. أو كان الشرط غير ملائم كما إذا علق طلاقها بدخول الدار بأن قال لها: إن دخلت الدار فأنت، طالق فإن المعلق عليه الطلاق في ذلك ينزل منزلة الشرط ويثبت به الطلاق عند ثبوت الشرط المعلق عليه الطلاق.

وخرج بالإسقاطات المحضة ما كان فيها تمليك من وجه كالإبراء فإن التعليق بالشرط يبطله.

وخرج بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها ما لا يحلف به منها كإسقاط الشفعة ولو بعد ثبوتها فلو علق الأمر بغير كائن لا يصح تعليقه ويبقى على شفعته.

النوع الثاني: ما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط: والشرط الملائم هو الذي وجوده يؤكد مضمون العقد وذلك كالإطلاقات والولايات. فالإطلاقات كالإذن بالتجارة والإذن بالخروج فيما لو حلف على زوجته ألا تخرج إلا بإذنه. والإذن من قبل البائع للمشتري إذا باعه الموجود من الثمر وأذن له بأكل ما لم يظهر، فهذا من قبيل التعليق بالشرط مطلقا فإذا خاف المشتري أن يرجع البائع عن الإذن بأكل ما

سيظهر من الثمر قال: كلما رجعت عن الإذن فأنت مأذون بالأكل.

ومما يصح تعليقه بالشرط الملائم فقط القضاء والإمارة فإن كلا منهما يصح تعليقه بالملائم من الشروط كقول الرجل لابنه: إن بلغت رشيدا فقد أذنت لك بالتجارة وكقول الحالف لزوجته: كلما خرجت فقد أذنت لك، وكقول الإمام: إن شغرت الولاية الفلانية فقد وليتك إياها[1].

ومما يصح تعليقه بالملائم من الشروط الكفالة والإبراء كقولك: إن استحق زيد المبيع فأنا كفيل بالثمن. وقوله: إن غاب المديون أو مات ولم يدع شيئا فأنا كفيله. وقوله: إن قدم فأنا كفيله. وكقوله: إن وافيت به غدا فأنت برئ.

والثالث من الشروط التي يرد عليها التعليق بالشرط: ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقا وهو المعاوضات المالية كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح على مال بمال والهبة فذلك الشرط باطل ولا يصح تعليق هذه الأمور بالشرط الفاسد ولا يخفى أنه إذا اختلف الزوجان في وجود شرط الطلاق وعدمه فالقول قول منكر وجود الشرط وهو الزوج والبينة على الزوجة في وجود الشرط، وإذا ثبت وجود الشرط بالبينة فليس وقوع الطلاق مطردا بل في المسألة تفصيل وهو أن التنازع إذا قام على وجود الطلاق لوجود شرطه وثبت وجود الشرط بالبينة فلا نزاع في وقوعه سواء كان الشرط مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن تعليق الطلاق عليه أو لا.

---

(١) المجلة المادة: ٢٠٧. وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٤١٦-٤١٧).

وأما إذا قام التنازع فيما يصح التنازع فيه لذاته من غير أن يكون شرطا للطلاق ولكن كان هناك طلاق معلق عليه كما لو تنازع الزوج مع آخر في شيء فحلف بالطلاق على مدعاه ثم ثبت بالبينة كذبه فإما أن يكون المتنازع فيه عينا أو دينا، فإن كان المتنازع فيه عينا كما لو ادعى على الزوج دارا مثلًا فحلف بالطلاق أنها ليست ملك المدعي ثم أثبت المدعى ملكه لهذه الدار بالبينة فلا يحنث الزوج في يمينه لأن البينة حجة في الظاهر أي أنها حجة ظنية وإن كان المتنازع فيه دينا فحلف بالطلاق أن لا دين عليه فبرهن المدعى أنه مدين فينظر:

إن كان ادعى الدين بسبب كالقرض مثلًا وبرهن على السبب لا يحنث لاحتمال الإبراء والإيفاء بعد السبب وإن كان ادعاه مطلقا عن السبب وبرهن على أنه مدين حنث لأن البينة قامت على وجود الدين في الحال فيحنث[1].

القاعدة التاسعة والعشرون: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان»[2]:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه يلزم مراعاة الشرط الجائز بقدر الإمكان للوفاء به. فقد ورد في الحديث عن أنس وعائشة رضي الله عنهما أنه ﷺ قال: «**المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك**».

والمراد بالشرط هنا هو الشرط المقيد به لأمر. والمعرف بأنه التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة. وهذا غير تعليق الأمر بالشرط فهناك فرق بين المعلق

---

(١) يراجع: جامع الفصولين وحاشية للرملي أواخر الفصل الخامس عشر صفحة ٢٠٥.

(٢) المادة: ٨٣ من مجلة الأحكام العدلية.

بالشرط والمقيد بالشرط من حيث إن المعلق معدوم قبل الشرط لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر وجوده عنه بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود على القيد بل يكون سابقا عليه كما هو ظاهر[1].

وتقييد الشرط بالجائز يعني تقييد العقد بما يقتضيه العقد كاشتراط حبس المبيع بالثمن، أو تقييده بما يلائمه وذلك بأن يكون راجعا إلى صفة المبدل ككون الفرس مثلًا أصله كذا أو إلى صفة البدل كدراهم بيض أو دراهم معجلة أو مؤجل، إلى التوثيق به وكاشتراط رهن بالثمن معلوم بالإشارة أو التسمية أو اشتراط كفيل به حاضر وقبل الكفالة أو غائب فحضر وقبلها قبل التفرق أو اشتراط أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن.

أو كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن جري العرف به كشراء نعل على أن يشركها البائع أو يكون الشرط ورد الشرع بجوازه كاشتراط خيار الشرط ونحوه من الخيارات فإن الشرط في جميع هذه كلها تلزم مراعاته.

فالشروط ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الشرط الجائز: وهو ما تحدثنا عنه وقلنا: إنه يلزم الوفاء به وهو ما يؤكد مقتضي العقد أو يلائمه ولكن جرى العرف به أو ورد الشرع بجوازه.

النوع الثاني: شرط فاسد: وهو ما كان بخلاف ذلك وفيه نفع مشروط في صلب العقد من أحد المتعاقدين كشراء ثوب على أن يصبغه له البائع أو شراء الدابة على أن

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٤١٩).

يركبها البائع شهرا مثلًا أو على أن يحيل البائع رجلا بالثمن أو كان الشرط فيه نفع لمبيع من أهل الاستحقاق كشراء السيارة على أن لا يركبها المشتري أو لا يخرجها عن ملكه أو كان الشرط فيه نفع لأجنبي على الأظهر كما لو شرط البائع على المشتري أن يبيعها لفلان أو شرط على أحدهما أن يقرض فلانا فإن كل هذه الشروط مفسد للعقد.

النوع الثالث: شرط لغو: وهو ما كان بخلاف الشرطين السابقين كأن يشترط على أجنبي شرطا لو اشترط على أحد المتبايعين يفسد البيع أو يشترط ما فيه نفع لأحدهما على الآخر ولكن بعد العقد. وكذا لو قبل العقد ولكن لم يتفقا على بناء العقد على ما شرطا كبيع الدابة على أن لا يخرجها عن ملكه أو على أن يبيعها ولكن لم يعين المشتري أو شرط شرطًا مفسدًا كبعتك بكذا على أن تقرضني كذا فإن العقد في جميع هذه الصور يصح ويلغو الشرط[1].

هذا ونضيف على ما سبق أن المعاملات الشرعية بالنسبة إلى تقييدها بالشرط الفاسد تنقسم إلى قسمين:

الأول: منهما: أن العقد يفسد بالشرط الفاسد وهذا في معاملات هي المبادلات المالية مثل البيع والقسمة والإجارة والصلح عن مال بمال والمساقاة والمزارعة فإن هذه المعاملات كلها تفسد بالشرط ومثلها: إجازة ما انعقد من هذه العقود موقوفا.

والثاني: منهما: لا يفسد بالشرط الفاسد وهي كل ما ليس من المعاوضات المالية سواء كان من المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع والصلح

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٤٢٠).

عن دم العمد وعن جراحة فيها قود. والصلح على مال عن الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها كحق الشرب وحق المرور بدليل تقييدهم الصلح في القسم الأول بأن يكون عن مال بمال، أو لم يكن من المعاوضات أصلا كالإبراء عن الدين وكالهبة والصدقة والقرض والإيصاء والوصية وتولية القضاء والإذن بالتجارة والطلاق والوكالة والشركة والمضاربة والرهن والكفالة [1].

فإذا كان الشرط جائزا ومرعيًا فإنه إذا شرط بعد العقد يلزم الوفاء به كما لو شرط تشريك النعل أو خيار الشرط بعد العقد فالظاهر أنه يلزم الوفاء به.

ويستثنى من الشرط الجائز الذي تلزم مراعاته كدراهم بيض أو معجلة أو مؤجلة على ما ذكره صاحب الدر المختار في باب المهر أنه لو شرط في عقد النكاح تأجيل كل المهر ولم يشترط الدخول بالزوجة قبل القبض فللزوجة أن تمنع نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر استحسانا وبه يفتى[2].

* * *

---

(١) راجع: رد المحتار من كتاب الحوالة (ص٢٩٥).

(٢) شرح القواعد الفقهية (ص٤٢٣-٤٢٤).

القواعد الكلية غير الكبرى

القاعدة الأولى: «ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط»:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن الحكم الذي ثبت بوضع الشارع وهو الله سبحانه وتعالى مقدم على ما ثبت بالشرط عند التعارض لأنه إذا تقدم ما ثبت بالشرط ترتب عليه تقديم عبارة المخلوق على عبارة الخالق جل وعلا، وهذا لا يجوز شرعا ولا عقلا لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُقَدِّمُواْ بَيْنَ يَدَيِ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۝﴾ [سورة الحجرات: آية ١].

والمعنى لا تقطعوا أمرا من أمور دينكم قبل أن يحكم الله ورسوله به[١] فينبغي أن تتأدبوا ولا تقضوا أمرا دون الله ورسوله من شرائع دينكم[٢] وذلك فإن من آمن بالله ربا وبالإسلام دينا وبمحمد نبيًا ورسولا وتأكد من صدق نسبة النصوص الشرعية إلى رسول الله ﷺ فإن عليه بعد ذلك أن يترك رأيه وهواه وأن يحكم بما أوحي الله به إلى رسوله ﷺ وليس له أن يحتكم إلى الموازين والمقاييس العقلية ويعارض بها النصوص الشرعية، لأن العقول مهما أوتيت من قوة عظيمة فإن الله تعالى لم يجعل لها القدرة على إدراك كل شيء والإحاطة علما بكل صغيرة وكبيرة ﴿وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ۝﴾ [سورة الإسراء: آية ٨٥]، فمن الأشياء ما لا

(١) البيضاوي (٣/ ٣٦٥). من الحاشية.

(٢) مختصر ابن كثير (٣/ ٣٥٧).

يصل العقل إليه بحال، ومنها ما يصل إلى ظاهر منه دون اكتناهه وهي مع هذا القصور الذاتي لا تكاد تتفق في فهم الحقائق التي أمكن لها إدراكها فإن قوى الإدراك ووسائله تختلف عند النظار اختلافا كبيرا[١].

ولذلك فإن سبب زلة أقدام العقلانيين ووقوعهم في البدع هو أنهم قدموا العقل على النصوص الشرعية فلم يأخذوا منها إلا ما وافق عقولهم وطرحوا كل ما لم يستحسنوه فرفعوا بذلك العقل عن مكانته وأنزلوا الشرع عن مكانته حيث قدموا ما حقه التأخير وأخروا ما حقه التقديم وجعلوا الأصل فرعا والفرع أصلا فوقعوا في بدع عظيمة كبدعة الجهمية في نفي أسماء الله تعالى وصفاته[٢] وكبدعة المعتزلة في نفي الصفات[٣].

فروع القاعدة:

وأما الفروع: فلهذه القاعدة فروع كثيرة ذكرها الإمام السيوطي في كتابه القيّم: الأشباه والنظائر وهي تحتاج إلى شرح وإيضاح وهي على النحو التالي:

الفرع الأول: نذر الواجب:

قال السيوطي: ولهذا أي لكون ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط فلا يصح نذر الواجب[٤] والنذر معناه لغة: الوعد بخير أو شر ويتعدى بنفسه أو بالباء

---

(١) أصول البدع (ص٤٦).

(٢) تاريخ الفرق الإسلامية (ص٢٢).

(٣) المرجع السابق (ص٩٥).

(٤) الأشباه والنظائر (ص١٦٦).

فيقال: وعده خيرا ووعده شرا كما يقال: وعده بالخير ووعده بالشر وقد صرح أئمة اللغة بأن الوعد يستعمل في الخير والشر مقيدا فيقال وعده خيرا ووعده شرًا أما عند الإطلاق فيستعمل الوعد في الخير والإيعاد في الشر.

فإذا قال شخص لآخر: أكرمك غدا فهذا من قبيل الوعد بالخير وإذا قال له: أضربك غدا فهذا إيعاد بالشر.

قال الشاعر:

وإني إذا أوعدته أو وعدته لمخلف إيعادي ومنجز موعدي

وفيه لف ونشر مرتب فقوله: لمخلف إيعادي راجع لقوله: أوعدته وذلك في الشر وقوله: ومنجز موعدي راجع لقوله: وعدته وذلك في الخير لأن خلف الإيعاد في الشر مما يمتدح به لأنه ينشأ عن الحلم والعفو كإنجاز الوعد في الخير لأنه ينشأ عن الكرم والسماحة.

وأما النذر شرعا: فهو الوعد بخير خاصة قاله الروياني والماوردي وقال غيرهما: النذر التزام قربة لم تتعين بأصل الشرع[1].

والمعنى الذي تضمنه هذا التعريف أن المرء إنما يعقد النذر على نفسه تأكيدا لما ألزم الإنسان نفسه به تقربا إلى الله تعالى كأن يقول نذرت لله ذبح شاة أو عليّ لله أن أصوم ثلاثة أيام يريد بذلك التقرب إلى الله تعالى وحكم هذا النذر وجوب الوفاء به لقوله تعالى: ﴿وَلْيُوفُوا۟ نُذُورَهُمْ﴾ [سورة الحج: آية ٢٩]، ولما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن**

(١) المصباح المنير (٢/ ٨٣٠). وحاشية الباجوري (٢/ ٣١٩).

يعصيه فلا يعصه»[١] ويكره النذر المقيد كأن يقول الإنسان إن شفي الله مريضي صمت ثلاثة أيام أو تصدقت بألف جنيه لمؤسسة خيرية وذلك لقول ابن عمر رضي الله عنهما إن رسول الله ﷺ: نهي عن النذر وقال: «**إنه لا يرد شيئا وإنما يستخرج به من البخيل الشحيح**»[٢].

ولا ينعقد النذر بغير القول ولا ينعقد بمحال ولا في معصية لحديث عمران ابن حصين: «لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن آدم»[٣]. قال العلماء: لا يستحب النذر للنهي عنه وتوقف شيخ الإسلام ابن تيمية في تحريمه وحرمه طائفة من أهل الحديث. والنذر لا يكون إلا فيما يتقرب به إلى الله تعالى.

فخرج بالقربة المعصية فلا يجوز نذرها كشرب الخمر والصلاة بغير وضوء لما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه**»[٤] والقربة ما يتقرب به إلى الله تعالى وخرج بالقربة أيضا: المكروه لأن المكروه لا يتقرب به والنذر لا يكون إلا فيما يتقرب به فلا ينعقد النذر بالمكروه.

ومحل عدم الانعقاد إذا كان مكروها لذاته كالالتفات في الصلاة وأكل بصل أو ثوم أو الإحرام قبل الميقات أو طلاق زوجته وهي حائض فلا ينعقد لأن ترك

(١) التلخيص الحبير لابن حجر (٤/ ١٧).
(٢) سنن الدارمي (٢/ ١٨٥)، باب النهي عن النذر.
(٣) التلخيص الحبير لابن حجر (٤/ ١٧٥).
(٤) رواه مسلم والبخاري راجع: التخليص الحبير (٤/ ١٧٥).

المكروه أولى من فعله وإن فعله فلا كفارة عليه لأنه وفّى بنذره.

أما المكروه لعارض فالمعتمد أنه يلزم الوفاء به كنذر صوم يوم الجمعة أو السبت أو الأحد فإنه ينعقد لأنه مكروه لعارض الإفراد لا لذات العبادة فإن العبادة لا كراهة فيها. وقد ورد النهي عن إفراد يوم السبت بصيام فقال رسول الله ﷺ: «**لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم**» والفرض يشمل القضاء والنذر والنفل إذا وافق عادته، أو كان يوم عرفة ونحو ذلك «**وإن لم يجد أحدكم إلا لحاء عنب**» أي قشر عنب «**أو عود شجر فليمضغه**».

فمعنى الكراهية أن يخص يوم السبت أو الأحد بصيام لأن اليهود يعظمون يوم السبت والنصارى يعظمون يوم الأحد ولذلك كان رسول الله ﷺ يحب أن يخالفهم وعلى هذا فإنه يفرق بين المكروه لعارض المكروه لذاته فينعقد في الأول دون الثاني.

وخرج المباح لذاته لأنه لا ينعقد إذا نذره عند الشافعية لأنه لا يتقرب به إلى الله تعالى لحديث أبي إسرائيل عن ابن عباس قال: «بينما النبي ﷺ يخطب إذ هو برجل قائم في الشمس فسأل عنه فقالوا: هذا أبو إسرائيل نذر أن يصوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم فقال النبي ﷺ: «**مروه فليتكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه**»[1].

وهذا يدل على أن النذر إذا كان على فعل مباح أو تركه فلا ينعقد باتفاق

---

(١) التخليص في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (٤/ ١٧٧).

الأصحاب فضلا عن لزومه ومادام نذر المباح لا ينعقد فلا كفارة فيه لعدم انعقاده، ومن النذر المباح نذر لبس الثوب وركوب الطائرة بأن يقول: لله عليّ أن ألبس ثوبي أو أركب الطائرة فإن نذر ذلك فلا ينعقد نذره لكن إذا اقترن بالمباح ما يصيّره عبادة صح نذر المباح لقوله ﷺ: «**حتى اللقمة يرفعها إلى فم زوجته صدقة**» ولقوله ﷺ: «**المسلم إذا أنفق نفقة على أهله وهو يحتسبها فهي له صدقة**»(١).

وخرج من النذر الواجب العيني كصلاة الصبح والظهر فلا يصح نذره لأنه لزمه عينا بالشرع قبل النذر فيكون التزامه بالنذر لا معنى له ولو قلنا بانعقاده لأدى إلى تقدم ما ثبت بالشرط على ما ثبت بالشرع وهو خلاف القاعدة ويكون من قبيل تحصيل الحاصل وهو لا يجوز.

وأما المندوب فينعقد النذر به لأنه غير متعين بأصل الشرع كتشييع جنازة وقراءة سورة معينة وطول قراءة صلاة وعيادة مريض وزيارة أخ في الله تعالى وغير ذلك مما هو مندوب وكان بقصد التقرب أو نذر أن يتصدق أو لا يرد سائلا فيلزمه الوفاء بذلك كله لعموم قوله تعالى: ﴿۞ وَمِنْهُم مَّنْ عَٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿٧٥﴾ فَلَمَّآ ءَاتَىٰهُم مِّن فَضْلِهِۦ بَخِلُوا۟ بِهِۦ وَتَوَلَّوا۟ وَّهُم مُّعْرِضُونَ ﴿٧٦﴾ فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِى قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُۥ بِمَآ أَخْلَفُوا۟ ٱللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا۟ يَكْذِبُونَ ﴿٧٧﴾﴾ [سورة التوبة: آية ٧٥-٧٧]، ولقوله ﷺ: «**من نذر أن يطيع الله فيطعه**»(٢).

---

(١) مسند الدارمي (٢/ ٨٥).

(٢) التخليص في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (٤/ ١٧٥).

وينعقد أيضا: نذر الواجب الموسع وهو ما وقته يسعه ويسع غيره والانعقاد في الواجب الموسع يكون باعتبار وقته لا باعتبار ذاته فإذا نذر إنسان أن يصلي الظهر عند الزوال لزمه النذر لأنه يجوز له ترك الصلاة في هذا الوقت بالذات وأن يصليها في وقت الاختيار لأن ما جاز تركه في وقت من الأوقات انعقد نذره في وقت معين.

وينعقد نذر الواجب الكفائي كذلك: والواجب الكفائي هو الأمر الذي إذا أتى به فرد من أفراد المكلفين فقد تم المطلوب وسقط الحرج عن المكلفين جميعا[1] وإنما سمي بذلك لأنه منسوب إلى الكفاية والسقوط من حيث إن فعله من أي فاعل يسقطه عن الآخرين وذلك مثل أن ينذر إنسان أن يصلي على كل جنازة يحضرها فإن الصلاة على الجنازة واجب كفائي فينعقد النذر إلا في شخص قد انفرد ولا يوجد غيره وقد حضرت الجنازة فيتعين عليه الصلاة.

ويدخل في الواجب الكفائي بناء المستشفيات وتولي سلطة القضاء والإفتاء ويدخل فيه أيضًا ردُّ السلام، فإن هذا ونحوه مما يلزم حصوله من غير نظر إلى من يفعله، ويظهر من هذا أن الواجب العيني هو الذي يتعلق التكليف فيه بكل فرد من أفراد المكلفين.

ولهذا نسب إلى العين وهذا هو فرق ما بين الواجب الكفائي والواجب العيني، وقد اتفق الأصوليون على أن الواجب الكفائي يتحقق المقصود منه بفعل بعض المكلفين له، فمتى فعله بعضهم فلا يطالب بفعله البعض الآخر، واتفقوا

(١) أصول الفقه للشيخ الخضري (ص٤٠) الطبعة السادسة.

أيضا: على أن ترك الواجب الكفائي من جميع المكلفين يوجب تأثيم الجميع لأنهم فوتوا ما قصد من الفعل[(١)].

أما الواجب المخير فهو ما طلبه الشارع مبهما في واحد من أمور معينة كأحد خصال كفارة اليمين في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ۖ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ۚ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿٨٩﴾﴾ [سورة المائدة: آية ٨٩]، أي فكفارة ما عقدتم الأيمان إذا حنثتم (إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) أي من خير وأمثل قوت عيالكم أو كسوتهم ما يصح أن يصلي فيه أو عتق رقبة إذا وجدت ويشترط أن تكون مؤمنة، فمن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعة وجوبا والجمهور على أنها متتابعات لقراءة ابن مسعود: «فصيام ثلاثة أيام متتابعة فدلت القراءة على مشروعية التتابع، أو غير متتابعة على رأي غير الجمهور فيجوز أداؤها متفرقة.

الفرع الثاني من فروع قاعدة: ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط الطلاق الرجعي على مال والرجعة في الطلاق هي: إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ

(١) أصول الفقه لفضيلة الدكتور محمد أبي النور زهير (١/ ١١٥).

أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾﴾ [سورة البقرة: آية ٢٢٨]، إلى قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ ولقوله ﷺ: «**مره فليراجعها**» وطلق رسول الله ﷺ حفصة ثم رجعها ولأن حكم الرجعية حكم الزوجات.

والرجعة إمساك فتصح الرجعة مادامت في العدة بأربعة شروط: الدخول أو الخلوة، وكون الطلاق من نكاح صحيح وكونه دون ما يملك وكونه بلا عوض فإن فقد شرطًا من هذه الشروط لم تصح الرجعة[1]

قال السيوطي: ولو قال: طلقتك بألف على أن لي الرجعة سقط قوله «بألف» ويقع رجعيًا لأن المال ثبت بالشرط والرجعة بالشرع فكان أقوى[2].

وذلك لأن قول الرجل لزوجته طلقتك بألف يقتضي وقوع الطلاق على مال والطلاق على مال لا يقع إلا بائنا كالخلع، لأن الزوجة بذلت المال لتملك بضعها والبضع هو الفرج فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليها لأن القصد إزالة الضرر عنها ولو جازت الرجعة لعاد الضرر.

فإن شرط الرجوع مع دفع المال في الطلاق كان طلاقا رجعيًا لأن شرط الرجعة والمال متنافيان أي يسقط الشرط والمال ويبقي الطلاق[3] فيكون رجعيًا والأول ثبت بالشرط والثاني ثبت بالشرع فيقدم ما ثبت بالشرع لأنه أقوى كما قال

(١) حاشية النجدي على الروض المربع (٦/ ٦٠١-٦٠٣).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٦).

(٣) مغني المحتاج للشربيني (٣/ ٢٧١).

العلامة السيوطي:

والمراد إثبات القوة كاملة إلى جانب الشرع ونفيها تماما في جانب الشرط فإن أفعل التفضيل هنا ليس على بابه وهذا إذا كان الزوج هو الذي قال لزوجته طلقتك «بألف» أما إذا كانت الزوجة هي التي قالت: طلقني «بألف».

فقال الزوج: «طلقتك بألف على أن لي الرجعة سقط قوله على أن لي الرجعة ويقع الطلاق بائنا لأن هذا ثبت بالشرع فيقدم على ما ثبت بالشرط فيقع الطلاق حينئذ بائنا وتحصل الفرقة بينهما بمجرد أخذ المال فلا تحتاج إلى لفظ الزوج فالزوجة المفتدية هي التي تقول: أنا افتدي نفسي منك بألف مثلًا فإذا قبل الزوج الفدية وأخذا المال انفسخ النكاح وهذا مذهب أحمد فقد قال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد كيف الخلع؟ قال: إذا أخذ المال فهو فرقة واحتج بقول النبي ﷺ لجميلة: «**أتردين عليه حديقته؟**» قالت: نعم! ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقال: «**خذ ما أعطيتها ولا تزد**» ولم يستدع منه لفظا ولأن دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل أنه لو دفع ثوبه إلى خياط معروف بذلك فخاطه استحق الأجرة وإن لم يشترط العوض.

والصحيح أنه لا يصح الخلع بدون اللفظ كالنكاح والطلاق، ولأن أخذ المال قبض العوض فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب، ولأن الخلع وإن كان طلاقا فلا يقع بدون اللفظ صريحه أو كنايته، وإن كان فسخا فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد، وأما حديث جميلة فقد أخرجه البخاري بلفظ: «**اقبل الحديقة وطلقها تطليقة**» وهذا صريح في اعتبار اللفظ[1].

(١) المغني لابن قدامة (٧/ ٥٨).

هذا وينقسم الطلاق من حيث الأثر المترتب عليه إلى: طلاق رجعي وبائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى، فالطلاق الرجعي هو الذي لم يبلغ حد الثلاث ولم يكن على مال ويعرف كما جاء في قانون الأحوال الشخصية رقم (٢٥) لسنة (١٩٢٩) بأنه: طلاق الرجل زوجته المدخول بها حقيقة إذا لم يقترن بعوض ولم يسبق بطلاق أو سبق بطلقة واحدة وهذا مأخوذ من المذهب الشافعي والمالكي ويكون من حق الزوج مراجعتها مادامت في العدة بشرط أن يكون قد دخل بها، فإذا لم يكن دخل بها أصلا أو دخل بها وطلقها طلقة أو طلقتين ولم يراجعها حتى انقضت عدتها منه كانت أحق بنفسها منه وهذا هو البائن بينونة صغرى.

أما البائن بينونة كبرى فهو الطلاق المكمل للثلاث وبه تخرج المرأة من عصمة الزوج بالطلقة الثالثة وتصبح محرمة عليه ولا يجوز له مراجعتها إلا بعد أن تنكح زوجا غيره بعقد شرعي ويدخل بها دخولا حقيقيًا لا بقصد تحليلها لزوجها[1] الأول لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾

[سورة البقرة: آية ٢٣٠]

الفرع الثالث: إذا لم يحج وأحرم بحج تطوع أو نذر. قال السيوطي: ومن لم يحج إذا أحرم بتطوع أو نذر وقع حجه عن حجة الإسلام لأنه يتعلق بالشرع ووقوعه عن التطوع والنذر متعلق بإيقاعه عنهما والأول أقوى[2].

والحج هو الركن الخامس من أركان الإسلام الخمسة التي علمت من الدين

(١) حاشية الباجوري (٢/ ١٥٣).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٦).

بالضرورة فهو إذاً من العلم المستفيض الذي توارثته الأمة خلفا عن سلف.

والحكمة من فرضه على الناس أن الله تعالى إنما وضع البيت وأوجب حجه ﴿لِّيَشْهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمْ﴾ [سورة الحج: آية ٢٨]، كما ذكر الله في كتابه فلا حاجة به تعالى إلى الحجاج كما يحتاج المخلوق إلى من يقصده ويعظمه فإن الله غني عن العالمين، وأخر الحج عن الصلاة والزكاة والصوم لأن الصلاة عماد الدين ولشدة الحاجة إليها ولتكررها كل يوم خمس مرات وهي أول ما يسأل عنه العبد يوم القيامة ثم الزكاة لكونها قرينة للصلاة في أكثر المواضع من الكتاب والسنة ولشمولها المكلف وغيره ثم الصوم لتقرره كل سنة لكن البخاري قدم الحج على الصوم للتغليظ.

فمن أنكر وجوب الحج فقد كفر وارتد عن الإسلام فيجب على المسلم أداؤه متى توافرت شروطه فإذا أحرم من لم يحج حجة الإسلام ناويًا النذر أو التطوع وقع عن حجة الإسلام لأن وقوعه عن حجة الإسلام ثابت بالشرع ووقوعه عن نذر أو تطوع ثبت بالشرط فيقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرط، والأول أقوى أي أقوى من جهة الدليل.

فقد أجمع المسلمون على أنه ركن من أركان الإسلام وفرض من فروضه قال تعالى: ﴿فِيهِ ءَايَٰتُۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ ۖ وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا ۗ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿٩٧﴾﴾ [سورة آل عمران: آية ٩٧]، أي لله على الناس فرض واجب حج البيت فحرف ﴿عَلَى﴾ للإيجاب لاسيما إذا ذكر المستحق وأتبعه بقوله: ﴿وَمَن كَفَرَ﴾ فسمى تعالى تاركه كافرا فدل على كفره وحيث دل على كفره فقد دل على آكدية ركنيته.

فمن لم يعتقد وجوبه فهو كافر إجماعا[١].

وأفعل التفضيل هنا تفيد وجود القوة في الاثنين لكن الأول أقوى؛ لأن وقوعه عن حجة الإسلام من اعتبار الشارع ووقوعه عن التطوع والنذر من اعتبار الناذر والمتطوع فيقدم الأول لقوته وإن كان في الثاني قوة لأنه ناتج عن قصده ونيته والنية لها أثرها الواضح في صيرورة المباحات إلى عبادات وإذا كان الأمر كذلك فاعتبارها فيه قوة لكن ما اعتبره الشارع أقوى فيكون أفعل التفضيل هنا جاء على بابه.

الفرع الرابع: من الفروع التي تندرج تحت قاعدة: ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط اشتراط مقتضى العقد. قال السيوطي: ولو شرط مقتضى العقد لم يضره ولم ينفعه ومقتضى العقد مستفاد من العقد بجعل الشارع لا من الشرط[٢] فالعقد قد يقترن بالشرط وشروطه كثيرة ومتنوعة منها ما هو جائز ومنها ما هو محرم.

فالشرط الجائز ما كان موافقا للشرع ويعتبر كذلك كل شرط من مقتضيات العقد كاشتراط حبس المبيع حتى قبض الثمن في عقد البيع أو كل شرط ملائم للعقد كاشتراط الرهن تأمينا لدفع الثمن أو كل شرط متعارف بين أهل البلد كاشتراط وضع القفل في الباب عند شرائه.

فالشرط الموافق لمقتضى العقد لم يأت بجديد وإنما هو إظهار لنفس الحكم فهو يقرر حكم العقد في المعنى فلو أجر شخص سيارته أو حانوته لآخر فقال المستأجر قبلت ذلك بشرط أن اركب السيارة أو أنتفع بالحانوت أو أجر له دارا فقال قبلت

(١) حاشية النجدي على الروض (٣/ ٤٩٨).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٦).

بشرط أن أسكنها فإن هذا الشرط لا يضيف جديدا لأن هذه المقتضيات ثابتة بالشرع وإنما يؤكد الأثر المترتب على العقد وبالتالي فلا يضره ولا ينفعه.

وهذا الفرع غير داخل في القاعدة إلا أن السيوطي ذكره لبيان أن القاعدة مقيدة بحالة التعارض أما في حالة التوافق فلا يحتاج الأمر إلى إعمال هذه القاعدة. قال ابن السبكي: هذه الفروع تدل على أنه إذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق وهو وجه لأن ما قبله ثابت بالشرع فلا يحتاج إلى الشرط[1]

خيار المجلس:

أما خيار المجلس فهو في اللغة مكان الجلوس والمراد به المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان من وقت الاجتماع الواقع في العقد إلى تمامه ونفاذه ولزومه وعلى هذا يكون مجلس العقد هو مكان الاجتماع الواقع في العقد على أي حال كان المتعاقدان عليها.

وخيار المجلس في اصطلاح الفقهاء يعرف بأنه: حق شرعي يثبت بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحق في إمضاء العقد أو فسخه ماداما في المجلس ولم يتفرقا أو يتخايرا فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع وتفرقا على هذا فقد وجب[2] ومن هذا يظهر أن إضافة الخيار إلى المجلس من إضافة الشيء إلى ظرفه.

خيار الشرط:

وأما خيار الشرط فهو في اللغة: يطلق على معان كثيرة: منها إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والشرط سبب والخيار مسبب فهو من إضافة المسبب إلى

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٦).

(٢) المحلي لابن حزم (٨/ ٣٥٢).

السبب وفي اصطلاح الفقهاء: هو أن يكون لكل من المتعاقدين أو لأحدهما أو لأجنبي حق إمضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة عند اشتراطهما ذلك.

قال ابن السبكي: إنه إذا اجتمع خيار المجلس عند من يقول به وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من وقت التفرق وهو وجه لأن خيار المجلس ثابت بالشرع وهو قوله ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»[1] فيقدم ما ثبت بالشرع على ما ثبت بالشرط وهذا هو الوجه الأول.

والوجه الثاني: أن ابتداء خيار الشرط من وقت الشرط لأنه بخيار الشرط انقطع خيار المجلس إلا أن هذا الوجه لا يتفق مع ما شرع لأجله الخيار، فإنه شرع للتروي والنظر في الأمر وهذا نقيض أن يكون خيار الشرط من وقت الاشتراط وإنما الذي يلائمه أن يكون ابتداء الشرط من حين التفرق فالوجه الأول هو الذي يناسب الحكمة من مشروعية الخيار.

قال ابن السبكي: وقد يقال: لا معارضة بينهما عند من جوز اجتماع علتين[2] وهذا يفسر أن العلل الشرعية المقتضية لوجود الحكم إما أن تكون بمعنى الأثر أو بمعنى المعرف، فإن كانت بمعنى الأثر فلا يجوز اجتماع مؤثرين على مؤثر واحد، وإن كانت بمعنى المعرف فيجوز اجتماع أكثر من معرف على معرف واحد.

ولهذا فمن قال إن العلة بمعنى المؤثر فإنه يمنع اجتماع علتين على معلول واحد وعليه فتحتسب مدة خيار الشرط من التفرق. أما من قال: إنها بمعنى المعرف فإن

(١) الدارمي (٢/ ٢٥٠)، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.

(٢) المحلي لابن حزم (٨/ ٣٥٢).

خيار الشرط يبدأ من حين الاشتراط ومن ثم فيجتمع خيار المجلس مع خيار الشرط من حين الاشتراط إلى حين التفرق على معلول واحد وهو الخيار في هذه المدة.

ويترتب على ذلك ألا تحسب مدة خيار المجلس من حين خيار الشرط على الرأي القائل بأن خيار الشرط من حين التفرق ولكنها تحسب على الرأي الآخر، وخيار المجلس ثابت بالشرع وخيار الشرط ثابت بالشرط. والعلتان: هما المجلس والشرط والمعلول هو الثلاثة أيام قال ابن السبكي: وتشبه هذه القاعدة نذر الفرائض فإنه لا يصح لأن الفرائض ثابتة بالشرع وورود الالتزام عليها لا يفيد شيئا وذلك مما يقوي أنه لا يجتمع علتان على معلول واحد[1].

وهذا إذا كانت العلة بمعنى المؤثر فإن كانت بمعنى المعرف فيصح نذر الفرائض قال العلماء: وما وجب بالشرع إذا نذره العبد أو عاهد عليه الله أو بايع عليه الرسول أو الإمام أو تحالف عليه جماعة فإن هذه العهود والمواثيق تقتضي وجوبا ثانيًا غير الوجوب الثابت بمجرد الأمر الأول فيكون واجبا من وجهين: واجب بالشرع وواجب بالنذر[2] فيجب الوفاء به لعموم قوله ﷺ: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**»[3].

* * *

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ١٥٨).

(٢) حاشية النجدي على الروض (٨/ ٤٩٦).

(٣) التلخيص الحبير (٤/ ١٧٤).

القاعدة الثانية: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص»

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن الاجتهاد غير مطلوب في مسألة ورد فيها نص لأن جواز الاجتهاد مشروط بعدم وجود نص قطعي الثبوت والدلالة، فإن وجد ذلك النص فالاجتهاد ممنوع.

والمراد بالنص هنا: الكتاب والسنة.

تعريف الاجتهاد:

والاجتهاد: مأخوذ من الجهد بفتح الجيم أو الجهد بضمها وهو في اللغة: بذل الوسع في تحصيل ما فيه كلفة ومشقة يقال: اجتهد في حمل الصخرة ولا يقال: اجتهد في حمل النواة، لعدم المشقة في حملها.

وعند الأصوليين له تعريفات كثيرة أرجحها تعريف البيضاوي بأنه: استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية، فدرك الأحكام معناه تحصيلها، سواء كان على سبيل الظن أو على سبيل القطع[1].

ويفهم من هذا التعريف أن الفقيه لا يوصف بأنه مجتهد ما لم يبذل أقصى طاقته وقدرته في استخراج الحكم الشرعي من الدليل بحيث لا يستطاع بذل وسع أكثر من ذلك. فإذا بذل المجتهد وسعه في الطلب بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب فهذا هو الاجتهاد التام وغيره الناقص.

(١) أصول الفقه لفضيلة الدكتور محمد أبي النور زهير (٤/ ٢٢٣).

والاجتهاد نوعان:

النوع الأول: اجتهاد في فهم النصوص لإمكان تطبيقها وهذا واجب على كل مجتهد وخاصة إذا كان النص عاما أو مجملا أو مطلقا فالعام يخصص والمجمل يفصل والمطلق يقيد.

والنوع الثاني: اجتهاد عن طريق القياس والرأي وهذا لا يجوز الالتجاء إليه إلا بعد ألا نجد حكم المسألة المطلوب معرفة حكمها في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو هو كما قال ابن القيم: ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات[1] وعليه فإن الاجتهاد بالرأي يكون عند عدم وجود النص ويتحقق على الوجه الآتي:

١ - أن يستنبط الفقهاء أحكام الحوادث الجديدة من القواعد العامة التي جاء بها القرآن الكريم والسنة، وأن يقيسوا المسائل الجديدة التي لم يرد فيها نص على ما ورد فيها من أحكام الفروع الأخرى، وأن يراعي المجتهد روح الشريعة ومقاصدها العامة وأسس التشريع الإسلامي التي قام عليها وهي اليسر ورفع الحرج وقلة التكاليف وتحقق العدالة.

شروط الاجتهاد:

والاجتهاد له شروط تحدث عنها الفقهاء ومن أهمها أن يكون المجتهد عالما بمواطن الإجماع والناسخ والمنسوخ وعالما بأحاديث الأحكام في مواطنها من أبواب

(١) أعلام الموقعين (١/ ٦٦).

الفقه وعالما بمواضع الآيات من سورها وأن يكون ملما باللغة العربية. وقد ذكر ابن القيم[1]. أن الإمام الشافعي رضي الله عنه قال فيما رواه عنه الخطيب في كتابه الفقيه والمتفقه: لا يحل لأحد أن يفتي في دين الله إلا رجل عارف بكتاب الله تعالى بصير بحديث رسول الله ﷺ ويعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن ويكون بصيرا بالشعر وما يحتاج إليه للسنة والقرآن ويستعمل هذا مع الإنصاف ويكون بعد هذا مشرفا على اختلاف أهل الأمصار وتكون له قريحة بعد هذا، فإذا كان هذا فله أن يتكلم ويفتي في الحلال والحرام وإذا لم يكن هكذا فليس له أن يفتي.

فروع القاعدة:

من فروع هذه القاعدة: أن الحاكم لو قضى بعدم صحة رجعة الزوجة الرجعية بدون رضاها لا ينفذ ذلك لأنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٢٨]، وكذلك لو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الزوج الثاني لا ينفذ؛ لأن حديث العسيلة يخالفه فيكون التحليل بدون الوطء مخالفا له فلا يجوز. على أنه قد يرد حديث في موضوع فيراه بعض الفقهاء صحيحا فيعمل بموجبه ويترك القياس المخالف له بينما لا يراه غيره كذلك فيتركه ويلجأ إلى القياس وهذا جائز وليس مما نحن فيه.

* * *

(١) المرجع السابق (١/ ٤٦).

القاعدة الثالثة: «الاجتهاد لا ينقض مثله»

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن القاضي إذا اجتهد في مسألة شرعية ثم عرضت له مسألة مشابهة فحكم فيها برأي آخر فلا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني. وكذلك لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهد آخر في تلك المسألة عينها وكان اجتهاده مخالفا فلا ينقض الحكم المستند على الاجتهاد الأول لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

والمقصود بالاجتهاد الذي لا ينقض بمثله هو الاجتهاد الذي مضى حكمه وقضي به ثم تغير الحكم فيه في المستقبل بتغير الاجتهاد[1].

دليل القاعدة:

قام الدليل على أن الاجتهاد لا ينقضه اجتهاد آخر لأن الاجتهاد إنما هو حصول غلبة الظن على إصابة المرمى مع احتمال الخطأ فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صوابا يجوز أن يكون خطأ وعليه فإن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول لأن الأول ظني والثاني ظني ولا ترجيح لأحد الظنين على الآخر.

فروع القاعدة:

وفروع هذه القاعدة تؤكد أن الاجتهاد لا ينقض بمثله لأن شرط النقض اتحاد النسبة الحكمية ومع اختلاف الظنون لا تتحد النسبة الحكمية فلا ينقض الاجتهاد بمثله.

---

(١) قواعد الزركشي وشرح الأتاسي للمجلة (١/ ٤٥). ودرر الحكام طبعة حيدر آباد (١/ ٣٠).

ومن هذه الفروع:

الفرع الأول: لو تغير اجتهاده في القبلة عمل بالثاني ولا قضاء حتى لو صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء عليه فتكون الأربع ركعات صحيحة لأن الاجتهاد في كل منها لا ينقض ما قبله لما أخرجه الترمذي وأحمد والطبراني من حديث عامر بن ربيعة بلفظ: «كنا مع النبي ﷺ في ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة وصلي كل رجل على حاله فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي ﷺ فنزل قوله تعالى: ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ﴾ وفي رواية جابر عند البيهقي بلفظ: «صلينا ليلة في غيم وخفيت علينا القبلة فلما انصرفنا نظرنا فإذا نحن قد صلينا إلى غير القبلة فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ»، فقال: «**قد أحسنتم فلم يأمرنا أن نعيد**»[1] فدل ذلك على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد الآخر.

الفرع الثاني: ومن الفروع لهذه القاعدة: لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله وترك الآخر ثم تغير ظنه لا يعمل بالثاني بل يتيمم فلو أن هناك إناءين وبينهما كلب فظن أن الكلب شرب من أحدهما وظن أن الآخر طاهر ثم تبين له عكس ذلك فلا يعمل بالاجتهاد الثاني بل يتيمم لأنه لو عمل بالثاني لكان ناقضا للاجتهاد الأول لأن الأول مبني على الظن والثاني مبني على الظن ولا ترجيح لأحدهما فيجب عليه أن يتيمم ويترك الإناءين وهذا مبني على وجوب التحري.

والفرع الثالث: لو شهد فاسق على خصم في حادثة فقال الخصم هذا فاسق

(١) نيل الأوطار (٣/ ١٨٥). طبع بيروت.

وردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعاد الشهادة في نفس الحادثة بعينها لم تقبل شهادته لأن الحكم بفسقه كان باجتهاد وقبول شهادته بعد التوبة لعدالته اجتهاد فلو قبل القاضي شهادته يكون قد نقض الاجتهاد الأول بالثاني في الحادثة عينها وهذا ما علل به المتولي.

وهناك تعليل آخر للحمولي قال: لو قبل القاضي شهادته في الحادثة عينها بعد أن تاب لتوجهت التهمة للحاكم وتزعزعت ثقة الناس في القاضي فيوجد الاتهام وإذا تزعزعت ثقة الناس في حكامهم فعلى الدنيا السلام. أما لو كانت الحادثة مختلفة وشهد فيها فاسق بعد التوبة فتقبل إذ لا يكون هناك اجتهاد ثان فلا يقال: نقض الاجتهاد باجتهاد.

الفرع الرابع: إلحاق النسب بالقيافة: والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره في أعضاء المولود[1] وهذا مختص بما مضى من العصور وأما في هذا العصر الذي ظهرت فيه الاكتشافات العلمية فإن القافة هم خبراء الجينات الذين يحكمون بإلحاق نسب الطفل إلى أبيه بأدق الوسائل العلمية فلا يعقل أن يطلب حكم القاضي مع وجود ما يدل على البنوة بطريقة علمية دقيقة.

ولهذا كان العمل بالقيافة سواء عن طريق الفراسة أو خبراء الجينات عن طريق التحاليل المخبرية مشروعا. وهذا قول الجمهور[2] والقيافة من الأدلة الشرعية لإثبات الأنساب عند الاشتباه قالت عائشة رضي الله عنها: دخل عليّ رسول الله ﷺ ذات يوم

(١) التعريفات للجرجاني (ص٧٧).

(٢) المغني (٨/ ٣٧١-٣٧٢)، الذخيرة (١/ ١٤١). المهذب (٢/ ٢١٧).

مسرورا فقال: «يا عائشة إن مجززًا المدلجي دخل عليَّ فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[1].

فلو ألحق القائف الولد بأحد المدعيين بناء على علم عنده ثم تغير اجتهاده وتغير ظنه ورجع وألحقه بالمدعي الآخر لم يقبل لأن إلحاقه بالأول اجتهاد وإلحاقه بالثاني اجتهاد وليس الأول بأقوى من الثاني، والقاعدة تقول: لا ينقض الاجتهاد باجتهاد مثله.

وكذلك لو ألحقه قائف بأحدهما فجاء قائف آخر فألحقه بالآخر لم يلحق به لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد فالحكم فيهما واحد، والفرق بين الاجتهاد في الأولى والثانية أن التغير الظني في الأول اجتهاد من شخص واحد. وأما في الثانية فمن شخصين فلا ينقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني سواء من فرد أو من اثنين.

الفرع الخامس: أن الحاكم إذا حكم في حادثة بحكم ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول وإن كان الظن الثاني أقوى لأن الرجحان في الظنين لا يوصل إلى القطع غير أنه لو حكم في حادثة مثل الأولى وتغير ظنه فيها لا يحكم إلا بالثاني نظرا لقوة الثاني على الأول.

ومن ذلك أن عمر لقي رجلا له خصومة فقال له ما صنعت؟ قال: قضى فيها علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت بكذا قال عمر: لو كنت أنا لقضيت فيها بكذا فقال الرجل: وما يمنعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب أو إلى سنة لفعلت

---

(١) صحيح مسلم مع شرح النووي (١٠/ ٤١)، كتاب الرضاع.

ولكن أردك إلى رأي والرأي مشترك. ولم ينقض عمر ما حكم به علي وزيد فدل أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

وعليه فإن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم فإنه لو جاز نقض حكمه بتغيير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر لأمكن تكرار هذا مما يؤدي إلى اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهو خلاف المصلحة[1].

وإنما يمكن نقضه إذا خالف دليلا قطعيًا من نص أو إجماع أو قياس جلي أو غير ذلك من الأدلة الشرعية الثابتة ثبوتا قطعيًا في دلالتها وفي ثبوتها. وقد ورد أن العز بن عبد السلام أفتى في مسألة بفتوى فتبين له الخطأ فأمر مناديًا يقول: من أفتاه عز الدين بن عبد السلام فلا يعمل بفتواه. فالقاضي إذا بان له الخطأ في المسألة أو الحكم كأن كان الحكم قد خالف نصا أو إجماعا أو قياسا جليًا فيجب عليه أن يرجع إلى الصواب فورا ولا يتمادى في حكمه فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل.

والقياس الجلي هو ما قطع فيه بنفي الفارق بين المقيس والمقيس عليه في نفس العلة مثل قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [سورة الإسراء: آية ٢٣]،

الفرع السادس: أنه لو زوجت المرأة نفسها بغير الولي فلا ينقض ذلك النكاح لأن الحنفية صححوا النكاح مع عدم الولي بخلاف بقية المذاهب حيث إن الحنفية لم يعملوا بحديث: «**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**» ومن ثم فلا ينقض ذلك النكاح وقالوا: إذا كانت المرأة تتصرف فيما تملك أفلا تتصرف في أمر نفسها.

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/ ٢٧٣).

وعلى ذلك إذا حكم القاضي الحنفي بالصحة فلا يعترض القاضي الشافعي على ذلك الحكم ولا يبطله ويقول بعدم النكاح استنادًا إلى قوله ﷺ: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل**»[(١)]. ولما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**»[(٢)]، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله.

الفرع السابع: الخلع وهو مفارقة المرأة بعوض. وقد أجمع العلماء على مشروعية الخلع لما أخرجه أبو داود من حديث ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم! فقال رسول الله ﷺ لثابت: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[(٣)].

فهل الخلع: طلاق أو فسخ؟ فيه ثلاثة آراء: أحدها: أنه طلاق والثاني: أنه فسخ والثالث أنه ليس بشيء[(٤)] فعلى القول بأنه فسخ فإن خالع الرجل زوجته ثلاثا ثم تزوجها الرابعة بلا محلل لاعتقاده أن الخلع فسخ ثم تغير اجتهاده ورجع عن رأيه وقال: بأنه طلاق وهو باق معها بذلك النكاح مع رجوعه عن رأيه بأن الخلع فسخ فينفذ حكمه فتكون زوجته قضاء وديانة لأننا أمرنا أن نحكم بالظاهر وبه قال الشافعية.

---

(١) انظر: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار (٦/ ١٣٤).

(٢) المرجع السابق (٦/ ١٣٤).

(٣) رواه البخاري والنسائي راجع نيل الأوطار (٦/ ٢٧٦).

(٤) التنبيه للشيرازي (ص١٠٢-١٠٣).

وقال الحنفية ينفذ قضاء لا ديانة وعليه فهي حرام بينه وبين الله فتبقى ويستمر الزواج ظاهرا ولا يطؤها لاعتقاده أنه حرام ولا ينقض الاجتهاد بالنسبة للظاهر لما يلزم من بلبلة الناس لكنه دينا لا يترتب عليه أي فتنة واضطراب بين الناس فالحكم القضائي ينفذ ظاهرا ويظهر أثره في المتنازعين ويكون متعلقا بإنفاذ الظاهر فقط وهذا حكم بالغ الخطورة إذ كيف يتصور بقاء العقد مع عدم حل الوطء بينهما؟

الفرع الثامن: وفرعوا على ذلك أيضًا أن الحنفي إذا خلل خمرا فأتلفها عليه رجل لا يعتقد طهارتها بالتخليل فترافعا إلى قاض حنفي ثبت عنده الحل فقضي بضمانها لزمه ذلك قولا واحدا إذا قلنا قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا. أما لو قلنا: إن حكم الحاكم ينفذ ظاهرا لا باطنا فلا ضمان عليه بينه وبين الله لأنه أتلف نجسا.

وذلك لأن المذهب الشافعي يرى أن الخمر إذا صارت خلًّا بالصنعة لا تطهر استنادا على أن رسول الله ﷺ سئل أتتخذ الخمر خلًّا؟ قال عليه الصلاة والسلام: «لا» فدل الحديث على أن التخليل بالصنعة لا ينفي عن الخمر التنجس وعكسه عند الحنفية والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد قال الأسنوي: إن النقض الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية لانتفاء المرجح كالمجتهد في القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر فإنه يتوقف عن الأخذ به في المستقبل ولا ينقض ما مضى بل ما وقع وقع صحيحا[1].

---

(١) محاضرات في القواعد الفقهية لأستاذ الدكتور جاد الرب (ص٧٣). و الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١١٥).

مستثنيات القاعدة:

ويستثنى من قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد فروع أخذت حكما غير حكم القاعدة من أهم هذه الفروع المستثناة:

١- الحمي ومعناه المنع وذلك بأن يحمي الإمام أرضا بتخصيصه لمنفعة يراها كبناء مدرسة أو مستشفى وغيرهما من المصالح العامة، فيجوز نقض ذلك الحمي ورفعه فيعود كما كان إذا ظهرت مصلحة في نقضه بعد ظهورها في الحمى.

ومعنى ذلك نقض الاجتهاد باجتهاد آخر فتكون هذه الصورة مستثناة بناء على هذا الرأي وهو الأصح، ومقابل الأصح لم ينقض ما حماه الإمام لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ولأن التغيير الذي حصل كان للمصلحة وإذا تغيرت المصلحة المقتضية تغير الحكم لأن المصلحة كالعلة للحكم وهي تدور مع الحكم وجودا وعدما.

وأما ما حماه رسول الله ﷺ فلا ينقض. فقد حمي أرضا بالبقيع فهذا الحمي يستمر إلى يوم القيامة لأنه بمثابة النص ولا اجتهاد مع النص.

٢- ومن الفروع المستثناة قسمة الإجبار وهي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: إفراز وسميت بذلك لكونها أفرزت لكل من الشركاء نصيبه والنوع الثاني: قسمة تعديل وهي تعديل الأنصباء بالقيمة كأرض تختلف قيمة أجزائها.

والنوع الثالث: قسمة رد وتكون فيها تساوت أجزاؤه وفي أحد الأجزاء ميزة وقسمة الإفراز يكفي فيها قاسم واحد أما الآخران فلابد فيها من عدلين فلو قسم شخص قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم نقضت مع أن القسمة حصلت باجتهاد وهذا مشكل لأنه من قبيل نقض الاجتهاد باجتهاد آخر، والواقع أنه لا

إشكال لأن نقض القسمة الأولى لفوات شروطها في القاسم أو لأن النقض سببه عدم وجود الشرط المعتبر في القسمة.

٣- ومن الفروع المستثناة إذا قوم شخص عقارا أو سيارة فقال: إن هذا المنزل أو هذه السيارة تساوي مائة ألف مثلًا ثم اطلع على صفة زيادة أو نقص وتبين له أن قيمة السيارة الحقيقية خلاف ذلك بطل التقويم الأول وهذا يشبه نقض الاجتهاد بالنص لا باجتهاد فهذا ليس من قبيل نقض الاجتهاد بالاجتهاد وإنما هو نقض الاجتهاد الأول لمخالفة النص.

٤- ومن الفروع أن يتنازع اثنان في دار وأحدهما خارج عن الدار والثاني داخل فيها فأقام الخارج بينة ادعى فيها أن الدار داره وأن الشخص الذي فيها اغتصبها في غيبته ورفع الأمر إلى القاضي فحكم له القاضي بناء على بينته ثم أقام الداخل بينة شهدت له بأنه ورثها عن أبيه أو أنه اشتراها من زيد من الناس فحكم القاضي له بناء على البينة ووضع اليد وهذا هو الأصح لأن الاجتهاد الأول كان مبناه على الخطأ وقد ظهرت بينة الثاني مع وضع يده وهو أقوى.

فعدول القاضي لا يسمى نقضا وإنما تبين له الخطأ في القضاء والثاني رجحت حجته بالبينة ووضع اليد فيسمى عدولا عن الخطأ فالواقع أن هذه الصورة ليست بمستثناة وهناك قول ثان قاله الهروي وهو أن القضاء باق بحاله وعلى ذلك لم ينقض اجتهاد باجتهاد[1].

---

(١) بتصرف من الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١١٦).

ويتضح من هذا كله أنه يجوز نقض قضاء القاضي إذا خالف نصا أو إجماعا أو قياسا جليا[١] ومثال ما خالف نص الكتاب القضاء بشاهد ويمين فهو مخالف لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [سورة البقرة: آية ٢٨٢].

فحديث القضاء بشاهد ويمين لما كان مخالفا لنص القرآن فقد أبطل بعض العلماء العمل به ومنهم علي وأبو حنيفة وأصحابه والثوري وغيرهم لأن الله تعالى قال في الآية الكريمة: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟﴾ وهذا مجمل فسره بنوعين: رجلين ورجل وامرأتين والمجمل إذا فسر كان بيانا لجميع ما يتناوله لفظه فجعل الشاهد واليمين حجة زيادة على النص بخبر الواحد وهو جار مجرى النسخ فلا يجوز العمل به.

وأما ما خالف السنة من الاجتهاد فمنه القضاء بحل المطلقة ثلاثا للأول قبل أن يدخل بها الثاني فإنه مخالف للسنة المشهورة فيما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: طلق رجل امرأته ثلاثا فتزوجها رجل ثم طلقها قبل أن يدخل بها فأراد زوجها الأول أن يتزوجها فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: «**لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول**»[٢].

وأما ما خالف الإجماع فهو ما إذا قضي بصحة نكاح المتعة فإن هذا القضاء مخالف للإجماع لأن الصحابة أجمعوا على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه، كما

---

(١) التلخيص الحبير (٤/ ٢٠٨)، وإرواء الغليل (١٠/ ٥٠١).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي (١٠/ ٣٠٢).

ينقض الحكم الاجتهادي بحكم اجتهادي آخر إذا كان الحكم الأول لا دليل عليه أو كان بخلاف شرط الواقف لأن شرط الواقف كنص الشارع فلا يجوز مخالفته إلا عند الضرورة.

فإن كان شرط الواقف مخالفا للشارع كما لو وقف على البغايا فهذا باطل فيلزم مخالفته وينقض حكم الحاكم إذا خالف نصا أو شيئا مما تقدم أو يكون الحاكم قد أخطأ في طريق الحكم لا في الحكم كأن يحكم ببينة مزورة أو يكون الشهود غير عدول فينقض الحكم هنا لتبين بطلانه[١].

* * *

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١١٦). وابن نجيم (ص١٠٨) بتصرف.

القاعدة الرابعة: «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»:

معنى القاعدة:

ومعنى هذه القاعدة: أن الأمر الذي نهى الشارع عن أخذه من الغير يحرم إعطاؤه للغير لأن إعطاء الحرام وأخذه سواء في الحرمة كما أن أخذ المكروه مكروه(١).

وقد ذكر السيوطي فروعًا لهذه القاعدة وهي: الربا ومهر البغي وحلوان الكاهن والرشوة وأجرة النائحة والزامر.

الفرع الأول: **الربا**: وبيان ذلك أن الربا محرم شرعا، ولا خلاف في حرمته بين المسلمين وإن اختلفوا في تفاصيله، وقد أخذت حرمته من قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿٢٧٥﴾﴾ [سورة البقرة: آية ٢٧٥].

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [سورة البقرة آيتان ٢٧٨-٢٧٩]، ولقوله ﷺ: **«لعن الله آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه»**(٢).

---

(١) درر الحكام (ص٣٩).

(٢) الجامع الصغير (ص١٢٤).

وتحريم الربا عام فيشمل القليل والكثير لأن الله لا يبيح سوي استرداد رأس الماء فقط دون أي زيادة عليه قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [سورة البقرة: آية ٢٧٩]، وأل في الربا لاستغراق الجنس فيكون لفظ الربا عامًّا يتناول أنواع الربا لا فرق بين نوع وآخر[1] فيدخل ربا الفضل وربا النسيئة أما ربا النسيئة فمعلوم أنه كان قرضا مؤجلا بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلا من الأجل فأبطله الله تعالى.

وأما ربا الفضل فهو بيع الرجل الشيء من نوعه مع زيادة كبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقمح بالقمح والشعير بالشعير وهكذا فإذا أخر أحد البدلين عن الآخر فهو ربا اليد وهذا النوع ملحق بالربا لما فيه من شبه به فعن أبي هريرة أن النبي ﷺ استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب أي جيد فقال رسول الله ﷺ: «**أكل تمر خيبر هكذا**» قال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال: «**لا تفعل بع الجميع بالدرهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا**»[2].

أما النوع الأول: وهو ربا النسيئة فالربا ظاهر فيه لا يحتاج إلى بيان إذ تتوافر فيه عناصر الربا وهي: الزيادة على أصل المال وهذه الزيادة في نظير الأجل وهي زيادة مشروطة في العقد.

أما ربا الفضل فهناك فروق أساسية بين الشيئين المتماثلين وهي تقتضي الزيادة ولكن عدم التماثل بين النوعين في الجنس يخلق شبهة في أن هناك علة ربوية ومن ثم

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٢٤١)، دار المعرفة، القرطبي الجامع لأحكام القرآن (٢/ ١٢٧٨).
(٢) نيل الأوطار (٥/ ١٩٥).

فقد وصفه الرسول بالربا ونهى عنه فقال فيما رواه جابر: «**لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه**» وقال: «**هم سواء**» وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**اجتنبوا السبع الموبقات**» قيل يا رسول الله ما هي؟ قال: «**الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات**»[1].

الفرع الثاني: البغي: من الفروع المندرجة تحت قاعدة ما حرم أخذه حرم إعطاؤه، والبغي هي الزانية والمراد بمهر البغي ما تأخذه الزانية أجرا على الزنا، وهو مجمع على تحريمه لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۝﴾ [سورة النور: آية ٢]، وقوله ﷺ: «**لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن**»[2].

وأصل البغي معناه الطلب لكن أكثر ما يستعمل في الفساد وهو الزنا فيحرم ما تأخذه الزانية من أجر على الزنا، كما يحرم إعطاؤها أجرا عليه لأنه إعانة على الفساد وهو حرام فيكون حراما.

الفرع الثالث: حلوان الكاهن: ومن الفروع التي يحرم أخذها وإعطاؤها حلوان الكاهن: والكاهن هو المنجم الذي يدعي معرفة الغيب ومثله الدجال وهو الذي يفتح

(١) صحيح مسلم (٥/ ٥٠)، وابن ماجة (٢/ ٧٦٤)، وسبل السلام (٣/ ٣٦).
(٢) نيل الأوطار (٥/ ١٦٣).

البخت والمشعوذ وهو الساحر فإذا أخذ هؤلاء الناس مالًا فهو حرام كما أن إعطاءهم المال حرام أيضًا فلا يجوز أخذا ولا إعطاء لما فيه من أخذ العوض على أمر باطل.

وإنما سمى ما يأخذه الكاهن حلوانا من الحلاوة شبهه بالشيء الحلو من حيث إنه يؤخذ سهلا بلا كلفة ولا مشقة، فيكون دفع المال لهم حراما فلا يعلم الغيب إلا الله قال تعالى: ﴿عَٰلِمُ ٱلۡغَيۡبِ فَلَا يُظۡهِرُ عَلَىٰ غَيۡبِهِۦٓ أَحَدًا ۝٢٦﴾ [سورة الجن: آية ٢٦]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**من أتى عرافا فسأله عن شيء لم يقبل الله له صلاة أربعين ليلة**»[1]، ولأنه إعانة على الحرام فهو حرام.

الفرع الرابع: الرشوة: من الفروع التي تندرج تحت قاعدة: ما حرم أخذه حرم إعطاؤه. الرشوة: وهي ما يعطيه الشخص لغيره بقصد الوصول إلى غير الحق أو إلى الحق إذا أمكنه الوصول إليه بدونها وهي حرام سواء كانت للحاكم أو للقاضي أو للعامل أو لأي شخص يمارس عملا يجب عليه أداؤه بدون أخذ المال، وحرمتها كما تكون على الآخذ تكون أيضًا على المعطي والوسيط[2]. فأخذ الموظف الهدية بعد منحه مرتبا يعتبر غلولا والغلول محرم فيحرم عليه أخذ الهدية لحديث أنس بلفظ: «**هدايا العمال سحت**» والسحت هو الرشوة والرشوة يحرم أخذها وكذلك إعطاؤها.

الفرع الخامس: أجرة النائحة: وهي التي تعدد محاسن الميت فلا يجوز استئجارها على النياحة كما يحرم الزمر والغناء لأنها منافع محرمه فيحرم على النائحة أخذ الأجرة على النياحة كما يحرم إعطاؤها لها والزامر وهو المطرب مثل النائحة لأنه إعانة على

(١) نيل الأوطار (٧/ ٢٤).

(٢) ابن عابدين (٥/ ٣٦٢)، فتح العلام (٢/ ٣٢٠)، سبل السلام (٤/ ٦٦٧).

الحرام فهو حرام. ولا شك أن دفع المال لينال به المرء خلاف ما شرعه الله من أقبح الأمور لأنه مدفوع في مقابل أمر محظور وربما كان المال المدفوع للبغي في مقابلة الزنا بها من أشد المحظورات لما فيه من الضرر على المجتمع وهو وسيلة من وسائل اختلاط الأنساب وإلصاق العار بالمزني بها وبأهلها وبذلك يتعدى ضرره إلى المجتمع بأسره فكان محرماً.

مستثنيات هذه القاعدة:

قال السيوطي: ويستثنى صور وهي: الرشوة للحاكم ليصل إلى حقه وفك الأسير وإعطاء شيئ لمن يخاف هجوه ولو خاف الوصي أن يستولي على مال اليتيم غاصب فله أن يؤدي شيئاً ليخلصه وللقاضي بذل المال على التولية ويحرم على السلطان أخذه فهذه صور خرجت على القاعدة وأخذت حكماً مخالفاً لحكم القاعدة وفيها يحرم الأخذ ولا يحرم الإعطاء حيث تعين الإعطاء طريقاً للوصول إلى الحق ولا طريق سواه فكان خروج هذه الصور لهدف نبيل وغرض مشروع لا لهوى أو منفعة دنيوية وتفصيل القول في هذه المستثنيات على النحو التالي:

١ - **الرشوة**: فالرشوة للوصول إلى الحق إذا تعينت طريقاً فيحرم الأخذ دون الإعطاء وعلى الآخذ الإثم ويجب الرد لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [سورة النساء الآية (٢٩)]، والنهي للتحريم فيكون الإثم على الآخذ وبخاصة إذا كان يتعين عليه القيام بإيصال الحقوق إلى أربابها كالقضاة والولاة والموظفين وغيرهم لما روى ابن مسعود قال: «إن الإثم على

القابض دون الدافع»[1] مع أن الأصل حرمة أخذها وإعطائها لكن لما تعينت الرشوة طريقاً للوصول الى الحق فلا يحرم الإعطاء دون الأخذ فعلى الآخذ الإثم فيكون الفرع خارجاً عن القاعدة فإذا لم يجد المرء طريقاً للوصول إلى حقه إلا بالرشوة فلا بأس بها ولكن الأفضل له أن يصبر حتى لا يقع في شبهة الحرام وسوف ييسر الله له طريقاً أخر يصل به إلى حقه.

٢- **فك الأسير**: ومن الفروع المستثناة من القاعدة: فك الأسير، فلو توقف فك الأسير على دفع مال للكفار فهو جائز للضرورة ولأنه ارتكاب أخف الضررين ولكن يحرم أخذ الكفار لهذا المال لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة وهذا ما عليه الجمهور[2] فقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة كونها مفسدة بل لكونها إعانة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير ولكن أخذ الكفار لمالنا حرام عليهم وجائز لنا لقول الرسول ﷺ من حديث أبي موسى الأشعري: «**وأطعموا الجائع وفكوا العاني**» أي الأسير، أخرجه البخاري وأحمد وهو عموم لكل عان مظلوم بغير حق عند كافر أو مؤمن[3].

٣- **ومن الفرع إعطاء شيء لمن يخاف هجوه**: والهجو ذكر مساوئ الرجل وعيوبه أو هو السب والعيب بالشعر فإذا خاف إنسان من هجو إنسان آخر كأن يكون شاعراً هجاءً فيخاف هجاءه، فيجوز له دفع مال إليه لأنه ارتكاب أخف الضررين.

---

(١) جريمة الرشوة (ص٥٧)

(٢) حاشية العنقري على الروض المربع (١/ ١٥٧).

(٣) المحلي لأبن حزم (٩/ ١٥٧).

لما روي عن جابر بن زيد والشعبي قالا: «لا بأس بأن يصانع الرجل عن نفسه وماله»، وعن الحسن قال: «لا بأس أن يعطي الرجل من ماله ما يصون به عرضه»، وعن أبي الشعثاء قال: «لم نجد زمن زياد شيئا أنفع لنا من الرشا».

فهذا الذي رخص فيه السلف إنما هو من دفع الظلم عن نفسه بما يدفعه من المال إلى من يريد ظلمه أو انتهاك عرضه لأن المحافظة على الشرف من المحافظة على النفس وإذا فلا بأس أن يعطي الرجل من ماله ما يصون به عرضه وشرفه أو يدفع به الظلم عن نفسه ولكن الأخذ حرام، فيجب على الآخذ رد ما أخذه.

يقول ابن حزم تعقيباً على جواز دفع المال للوصول إلى الحق أو دفع الضرر أو الظلم: فإن قيل لم أبحتم إعطاء المال لدفع الظلم والرسول ﷺ يقول: «**لعن الله الراشي والمرتشي والرائش**» وروى أبو هريرة قال: وجاء رجل إلى الرسول ﷺ فقال يا رسول الله إن جاء رجل يريد أخذ مالي فقال: «**لا تعطه مالك**»، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «**قاتله**». قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «**فأنت شهيد**»، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «**هو في النار**» فإذا قيل ذلك: فالجواب: أن المعطي هنا ليس راشياً إنما هو لضرورة دفع الظلم أما الخبر في المقاتلة فهو لمن قدر على رفع الظلم بدون المال فإن قدر فلا يحل له إعطاء شيئ ولو كان فلساً فما فوقه فأما من عجز فهو معذور[١]. لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [سورة البقرة الآية ٢٨٦]، ولقوله من رواية مسلم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[٢]. فسقط عنه فرض المقاتلة والدفاع

(١) المحلي لابن حزم (٧/ ٣١٣).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي (١٥/ ١٠٩).

وصار في حكم المكره على ما أعطى في ذلك وقد قال ﷺ فيما أخرجه ابن ماجه: «**رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**».

وفي نظري أن الجواز يكون عند عجز المرء عجزاً محققاً عن الوصول إلى حقه أو يكون لرفع الضرر والظلم عن نفسه بأن لم يجد جهة حكومية أو غيرها تستطيع أن تنصفه ممن ظلمه أو وجدها ولكن لو لجأ إليها أصابه ضرر أكبر فحينئذ يجوز له ذلك(١).

٤- **ومن الفروع المستثناة فرع إعطاء الغاصب شيئاً**: من مال الموصى عليه فإذا خاف الوصي على مال الموصى عليه من استيلاء غاصب على مال القاصر فيحق له أن يعطي الغاصب قسماً من المال المغصوب كي يسترده وهذا المال الذي أخذه الغاصب حرام وممنوع وأما إعطاؤه من الوصي لاسترداد المال فجائز(٢).

تعريف الوصية:

والوصية لغة جمع وصايا، تطلق على فعل الموصي وعلى الموصى به من مال وغيره كأن يعهد إلى شخص في حياته بالقيام على أولاده الصغار بالرعاية والحفظ بعد مماته. والوصية بهذا المعنى تطلق على التبرع وعلى العهد. وأما الوصية في الشرع فهي: تصرف خاص مضاف لما بعد الموت.

والوصية من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته. وقوله في التعريف تصرف يعم الوصية بالمال والوصاية بالعهد لمن يقوم من بعده على أطفاله ورد ودائعه وقضاء ديونه فإذا أوصى بشيء من

(١) جريمة الرشوة للدكتور عبد الله ابن عبد المحسن الطريقي (ص٥٧).
(٢) درر الحكام (ص٣٩).

ذلك لإنسان وخاف على مال الموصى عليه من غاصب فله دفع بعض ماله لإنقاذ باقي المال. وهذا مقيد بما إذا عجز الوصي عن تخليص المال من يد الغاصب إلا بهذه الطريقة ومن ثم فلا يحرم الإعطاء للضرورة ولكنه يحرم الأخذ فيجب على الغاصب رد ما أخذه[1] لأنه أكل أموال الناس بالباطل وهو منهي عنه بقوله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾[سورة النساء الآية ٢٩].

٥- **ومن الفروع المستثناة التي يحرم فيها الأخذ ولا يحرم الإعطاء**: بذل المال لتولي القضاء: إذا تعين عليه القضاء ولم يستطع الوصول إليه إلا بدفع المال فله دفعه ويكون الإثم على الآخذ. قال ابن عابدين نقلاً عن صاحب البحر: «ولم أر حكم ما إذا تعين عليه القضاء ولم يول إلا بمال هل يحل بذله؟ وينبغي أن يحل بذله للمال كما يحل طلبه للقضاء وقول بعضهم: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيًا مردود عليه بأنه إذا طلب القضاء خرج من عهدة الوجوب بالسؤال فإذا منعه السلطان أثم بالمنع لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»[2].

وإنما جاز بذل المال لتولي القضاء لأنه ولاية عامة فيها مصلحة فوجب بذل المال للقيام بالمصلحة العامة وفيه أيضاً: دفع الضرر عن الناس، والضرر الأخف يحتمل لدفع الضرر الأعظم ولكن الأخذ حرام فيجب على الآخذ رده[3].

* * *

---

(١) جريمة الرشوة (ص٥٧).

(٢) حاشية البجيرمى على الخطيب (٤/ ٣١٨)، ورد المختار على الدر المختار (٤/ ٣٠٦).

(٣) التلخيص الحبير (٤/ ٢٠٨).

القاعدة الخامسة: «ما حرم فعله حرم طلبه»:

معنى القاعدة:

قال السيوطي: هذه القاعدة: «ما حرم فعله حرم طلبه»، يفهم منها أن كل شيء يحرم على الإنسان فعله يحرم عليه طلبه من الغير.

فالسرقة حرام فلا يجوز أن يسرق ولا أن يطلب السرقة من غيره وكل شيء يكون إجراؤه حراماً فطلب إيقاعه حرام كالكذب وشهادة الزور وظلم الناس وسائر الأفعال المنهي عن فعلها. قال الشاعر:

لا تنه عن خلق وتأتي مثله ... عار عليك إذا فعلت عظيم

ولكن يستثنى من ذلك مسألتان:

المسألة الأولى: إذا دعى دعوة صادقة فأنكر الغريم. والمراد بالدعوة هنا الدعوى القضائية وهي طلب الحكم أمام القضاء فلو ادعى رجل على خصمه دعوى وكان صادقاً في دعواه، فأنكر عليه الغريم وهو يعلم من نفسه أنه كاذب في إنكاره فمقتضى القاعدة أنه يحرم على المدعي تحليفه لأن ما حرم فعله وهو الكذب يحرم طلبه لأنه حمل على الكذب والحمل على الكذب حرام ولكن استثنى تحليفه في هذه المسألة فيجوز تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين كذباً استثناء من القاعدة عملاً بالنص في قوله ﷺ: «**البينة على المدعى واليمين على من أنكر**»[1]، وهذا مُنْكِرٌ للحق، ولأن ضياع الحق مفسدة أشد من مفسدة الكذب ولأن اليمين قد تعين طريقاً للوصول إلى الحق والوصول للحق واجب، وكل ما يؤدي إلى

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٦٧)

الواجب فهو واجبٌ، والغريم يطلق تارة على المدين وتارة على الدائن صاحب الحق فهو من مسميات الأضداد والجمع غرماء.

المسألة الثانية: طلب الجزية: وهي ما يؤخذ من أهل الذمة. وسميت بذلك لأنها تجزئ عن القتل أو لأنها خلف أو عوض عن النصرة التي فاتت بإصرار الذمي على الكفر وهو في دار الإسلام وكل من كان في دار الإسلام فعليه القيام بنصرة الدار وقد لا يصلحون لذلك.

ومن ثم فيجوز طلب الجزية من الذمي مع أنه يحرم إعطاؤها، لأنه متمكن من إزالة الكفر بالإسلام فيكون إعطاؤه الجزية في نظير استمراره على الكفر وهو حرام وكان مقتضى القاعدة عدم طلب الجزية منه ولكن خرجت هذه المسألة عن القاعدة لأن الجزية إنما تدفع نظير تمتع الذمي بحقوق المقيمين على أرض الدولة الإسلامية في أمان وسلام.

ودليل أخذ الجزية من الذمي في دار الإسلام القرآن الكريم فقد طلب الله منا أخذها في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ ۝٢٩﴾ [سورة التوبة الآية: ٢٩]، وجاءت السنة الشريفة مؤكدة لما جاء في القرآن الكريم فشرعت الجزية لأنهم لا يكرهون على اعتناق الإسلام.

فالقاعدة الإسلامية المحكمة هي: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِى ٱلدِّينِ﴾ ولكنهم لا يتركون على دينهم إلا إذا أعطوا الجزية وقام بينهم وبين المجتمع المسلم عهد على هذا الأساس والذمي بإعطائه لهذه الجزية يعلن بإعطائها استسلامه وعدم مقاومته بالقوة المادية للدعوة إلى دين الله الحق وفى الوقت نفسه يسهم في نفقات الدفاع عن نفسه وماله وعرضه وحرماته التي يكفلها الإسلام لأهل الذمة الذين يؤدون الجزية فيصبحون في ذمة المسلمين.

وهذه الجزية إسهام في بيت مال المسلمين الذي يضمن الكفالة والإعاشة لكل عاجز عن العمل بما في ذلك أهل الذمة بلا تفرقة بينهم وبين المسلمين دافعي الزكاة[1] وقوله: ﴿عَن يَدٍ﴾ أي حتى يبذلوها في حال استسلام وعدم اقتدار وأن يعطوها بأيديهم فلا يرسلون خادماً ولا غيره بل لا تقبل إلا من أيديهم وهم صاغرون فإن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ثم أخذها أمير المؤمنين عمر من الفرس المجوس ولا يقبل منهم إلا الإسلام أو أداء الجزية أو السيف[2].

فنحن نأخذها منهم ولا نأخذها لكي يستمروا على الكفر كما هو الظاهر ولكن لأنهم أبوا الدخول في الإسلام فأجبروا على دفع الجزية ليفكروا فيما جاءت به الشريعة أو أنها ضريبة تدفع في مقابل الزكاة التي يدفعها المسلم. فثبت بذلك أن دفع الجزية وسيلة من وسائل الدخول في الإسلام ولتأمين أهل الكتاب والدفاع عنهم وحمايتهم وتمتعهم بحقوق المقيمين على أرض الدولة الإسلامية.

وتؤخذ الجزية بحلول الحول وتقدر بحسب اجتهاد الإمام مراعيًا فيها العدالة ثم تضاف إلى حصيلة الموارد المالية الأخرى لبيت المال لتستخدم كوسيلة من وسائل الإنفاق العام وذلك لأن أموال الجزية ليست ذات مصرف محدد بل متروك إنفاقها لتقدير ولي الأمر بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين.

وبذلك تكون الجزية خارجة عن القاعدة حيث جاز أخذها في نظير الدفاع عن أهل الذمة وليس في نظير بقائهم على الكفر.

(١) في ظلال القرآن (٣/ ١٦٣٣، ١٦٣٤).

(٢) تفسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي (٣/ ٢٢١).

القاعدة السادسة: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل»

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أنه: إذا بطل الأصل بأن صار متعذراً فإنه يصار إلى البدل أما ما دام الأصل ممكنا فلا يصار إلى البدل ففي العين المغصوبة إذا كانت في يد الغاصب وجب رد عينها لأن تسليم عين الواجب هو الأصل على الراجح لأنه إذا رد العين فقد رد الأصل صورة ومعنى.

وتسليم البدل رده معنى فقط وهو خلف عن الواجب والخلف لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل[1].

وفى عقد الإجارة على شهر مثلًا فإن وقع العقد في ابتداء الشهر اعتبر الهلال، إذ هو الأصل، وإن وقع في أثنائه وتعذر اعتبار الأصل وهو الهلال فإنه يصار إلى البدل وهو الأيام.

وفى البيع بالوكالة عن المالك فإذا كان للمشتري دين على الموكل ودين على الوكيل تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل فإذا لم يكن دين على الموكل بل كان دينه على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل ثمن المبيع لأنه قضى دينه بماله.

فروع القاعدة:

ومما يتفرع على هذه القاعدة: أن الغاصب إذا أعطى للمغصوب منه رهناً

---

(١) بتصرف من شرح القواعد الفقهية للزرقا ٨٧، ويراجع المحلة المادة: ٨٩١.

بالعين المغصوبة ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب، فإن الرهن يكون بدلاً لها سواء من المثل أو القيمة. وكذلك لو أن المسْلَم إليه أعطى لرب السَّلَم رهناً بالعين المسْلَم فيها ثم انفسخ عقد السلم لسبب من الأسباب فإن الرهن يصير رهناً برأس مال السلم الذي قبضه المسلم إليه.

ومما يتفرع على القاعدة ما لو كان رأس مال السَّلَم قيميًا كالحيوان فقبضه المسلم إليه فهلك في يده ثم تقايلا صحت الإقالة وعليه قيمته لرب السلم لأنه إذا تعذر رد الأصل فإنه يصار إلى البدل.

* * *

القاعدة السابعة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»[(١)]:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن تصرف الإمام الأعظم وكل من ولي شيئاً من أمور المسلمين لا يصح ولا ينفذ شرعاً ما لم يكن مقصوداً به المصلحة العامة فإذا لم يكن كذلك كان باطلاً.

والمراد بالرعية في القاعدة عموم الناس الذين هم تحت ولايته.

والمراد بالإمام هو إمام جميع المسلمين في بقاع الأرض كالخلفاء الراشدين ومن جاء بعدهم كرؤساء الدول الإسلامية وكل رئيس يتولى عملاً في الدولة.

ومعنى منوط أي متعلق ومرتبط ومعهود به، أي: بالمصلحة العامة.

وهذه القاعدة نص عليها الشافعي بقوله: «منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم».

والأصل الذي تقوم عليه ما أخرجه سعيد بن منصور في مسنده عن البراء بن عازب قال: قال عمر رضي الله عنه: «إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم إن احتجت أخذت منه فإذا أيسرت رددته فإن استغنيت استعففت»[(٢)].

فقد شبه الإمام عمر رضى الله عنه موقفه من مال المسلمين بولي اليتيم من مال اليتيم فلا يأخذ إلا عند الحاجة فإن لم تكن له حاجة إلى المال فلا يأخذ منه شيئاً لقوله

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى (ص١٣٤) ومجلة الأحكام المادة: ٥٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى (ص١٣٤).

تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾

[سورة النساء الآية: ٦]

فإن قال قائل: إن الشافعي لا يأخذ بقول الصحابي فليس قوله حجة عنده قلنا: إنما الحجة فيه جاءت على نمط الآية الكريمة: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾

[سورة النساء الآية: ٦]

وهذه القاعدة تضبط الحدود التي يتصرف في نطاقها كل من ولى شيئاً من أمور المسلمين العامة من إمام أو وال أو أمير أو قاضٍ أو موظف وتفيد أن أعمال هؤلاء وأمثالهم وتصرفاتهم لكي تنفذ على الرعية وتكون ملزمة لهم يجب أن تكون مبنية على مصلحة الجماعة وخير الأمة.

فإن الولاة والعمال والأمراء والقضاة والقادة وغيرهم ليسوا عمالاً لأنفسهم وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بشؤونها فعليهم أن يراعوا خير التدابير لإقامة العدل وإزالة الظلم وإحقاق الحق و صيانة الأخلاق وتطهير المجتمع من الفساد ونشر العلم ومحاربة الجهل والحرص على الأموال العامة ورعايتها وإنفاقها فيما يعود على الأمة بالخير والنفع.

وكما لا يجوز لهم أن يحابوا بها أحداً دون أحد لجاه أو سلطان أو رغبة أو طمع لأنه لا يجوز لمن ولي أمرًا من أمور المسلمين أن يأخذ درهماً من أموال الناس إلا بحق.

كما لا يجوز له أن يضعه إلا في يد تستحق كما لا يجوز له كذلك أن يأخذ من

مال أحد شيئاً إلا بحق ثابت معروف[١].

دليل القاعدة:

الدليل لهذه القاعدة قوله ﷺ: «ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت وهو غاش رعيته إلا حرم الله عليه الجنة»[٢]، وقوله ﷺ: **«ما من أمير يلي أمور المسلمين ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه إلا لم يدخل معهم الجنة»**، فهذا الحديث وغيره يدل على وجوب حرص الوالي على رعيته والاجتهاد في مصالحهم والنصحية لهم في دينهم ودنياهم فإن فعل غير ذلك كان غاشًا لهم.

فروع القاعدة:

يدخل تحت هذه القاعدة فروع، ومن أهمها:

١ - إذا لم يكن لإنسان وارث فإنه إذا مات فتركته لبيت مال المسلمين وإذا قتله أحد عمداً فوليه السلطان لقوله ﷺ: **«السلطان ولى من لا ولي له»**[٣] وليس للسلطان أن يعفو عن قاتله مجانا، لأن القصاص حق المسلمين وليس من النظر إسقاط حقهم مجانًا وإنما له القصاص أو الصلح على الدية يأخذها من القاتل أو يدفعها عنه السلطان من ماله ليضعها في بيت المال.

وعلى ذلك: فالإمام ليس له أن يعفو مجانًا، لأنه لوعفى مجانا لأضاع المصلحة بل عليه أن يقتص إن رأى المصلحة في القصاص أو يأخذ الدية ويضعها في بيت

(١) الخراج لأبى يوسف (ص٦٥) ويراجع: الوجيز (ص٢٢).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي (١٢/ ٢١٤، ٢١٥).

(٣) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة. والنصب الراية (٣/ ١٩٥-١٩٦).

المال إن رأي المصلحة في أخذ الدية أما العفو مجاناً فلا يحق له لفوات المصلحة.

٢- **وكذلك**: إذا زوج السلطان امرأة ليس لها ولي فليس له أن يزوجها بغير كفء حتى لو رضيت لأن الكفاءة معتبرة في النكاح وهي حق للمسلمين. وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الكفاءة سواء منهم من قال باشتراط الولاية في عقد الزواج وهم الجمهور أو الذين لم يشترطوها إلا في بعض الحالات وهم الحنفية وخالف أبو الحسن الكرخي من الحنفية ومن وافقهم حيث قالوا بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج.

وقد احتاط الفقهاء في الكفاءة لما يترتب على الزواج من غير كفء من أضرار وأخطار تشين المرأة وأسرتها ويلحق بها وبأوليائها العار عرفاً.

فإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلا ينتظر من هذا الزواج أن تتحقق به مصالح الزوجية ودوام العشرة بين الزوجين وإنما تتحقق إذا كان الزوج مساويًا للزوجة على الأقل لأن الزوج له السلطان الأقوى في شؤون الزوجية كما قال تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ ۚ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾﴾ [سورة النساء الآية ٣٤]. وقولى تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾.

والزوجة تأنف غالبًا أن يكون لزوجها هذا السلطان وهذه القوامة إذا كان أقل منها نسباً وديناً وخلقاً وكذلك يأنف أهلها وأولياؤها من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم ويعيرون بذلك وقد تختل روابط المصاهرة أو

تضعف. فالكفاءة حق الزوجة وحق أوليائها.

فكما أن لها حق الاعتراض إذا زوجوها من غير كفء فللأولياء حق الاعتراض أيضًا إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء.

وإذا كان هذا في شأن المرأة وأوليائها وهو حقهم فلهم أن يتنازلوا عن الكفاءة إذا رغبوا في ذلك، أما إذا زوجها السلطان فلا يجوز له أن يزوجها بغير كفء لأن تصرفه منوط بالمصلحة، وليس من المصلحة أن يضعها عند غير كفء فلا ينفذ تصرفه عليها. ولهذا روى أن عمر بن الخطاب قال: «لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»[1].

٣- وكذلك: لا يجوز لولى الأمر أن يقدم في الإعطاء من بيت المال غير الأحوج فالأحوج فإن فعل غير ذلك يكون غير مراع للمصلحة.

قال السبكى في فتاواه: فلو لم يكن إمام فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى إذا قدر على ذلك؟ ثم قال: ملت إلى أنه لا يجوز واستنبطت ذلك من حديث: «**إنما أنا قاسم والله يعطى**»[2].

ووجه الدلالة: أن التمليك والإعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الإمام، فليس للإمام أن يملك أحداً إلا ما ملكه الله، وإنما وظيفة الإمام القسمة والقسمة لابد أن تكون بالعدل.

ومن العدل تقديم الأحوج، والتسوية بين متساوي الحاجات فإذا قسم بينهما

(١) رواه الدارقطنى، نيل الأوطار (٦/ ١٤٤).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى (ص١٣٥).

ودفعه إليهما علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع وأن القسمة إنما هي معينة لما كان مبهمًا. كما هو بين الشركين فإذا لم يكن إمام وبادر أحدهما واستأثر به كان كما لو استأثر بعض الشركاء بالمال المشترك وليس له ذلك. قال ونظير هذا: ما ذكره الماوردي في باب التيمم: أنه لو ورد اثنان على ماء مباح وأحدهما أحوج فبدر الآخر وأخذ منه أنه يكون مسيئا[1].

ما يستثنى القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة بعض صور نذكر منها: أن الأب أو الجد إذا كان غير سكران ولم يكن معروفاً بسوء الاختيار ينفذ تزويجه للصغير والصغيرة من غير كفء وبغبن فاحش وهذا للأب والجد خاصة دون بقية الأولياء لأن الأب غير متهم في تصرفه. وأنه إذا تنازل عن شرط من شروط الكفاءة فإنما يكون ذلك لاعتبارات يراها تحقق المصلحة.

* * *

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى (ص١٣٥).

القاعدة الثامنة: «الخراج بالضمان»

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الخارج من الشيء إذا كان منفصلاً عنه غير متولد منه كسكنى الدار وأجرة الدابة أو السيارة فإنه يستحق لمن يدخل في ضمانه. ومعنى هذا ربط استحقاق الإيراد أو الخراج بتبعية أو تحمل هلاك المال سواء كان الهلاك بتلف أو خسارة فيكون لمن عليه الضمان[1].

فمن يحصل على المنافع يتحمل المخاطر فيكون خراج الشيء له وضمانه عليه وحده. وإذا طبق مبدأ الخراج بالضمان فإنه يتحتم البعد عن العمليات الربوية في البنوك ويحل محلها نظام المشاركات في الغنم والغرم فتكون البديل الشرعي عن الغنم المضمون المتمثل في سعر الفائدة الثابتة وعلى البنوك أن تعدل من نظامها في المستقبل فذلك فيه صلاح للفرد والمجتمع وفيه بعد عن مخاطر الربا الذي نهى الله عنه بقوله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝٢٧٨ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ۝٢٧٩﴾ [سورة البقرة الآيتان: ٢٧٨، ٢٧٩].

فتكون فإن الكسب والأجرة للشيء غير المتولدة تكون لمن كان عليه الضمان فلو ردَّ المشترى المبيع بعد قبضه بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد فكان يتلف عليه من ماله. وكذلك لو كان له

(١) شرح القواعد الفقهية (ص٤٢٩) بتصرف

أجرة، فإن الأجرة له لأن الخراج بالضمان.

لكن اختلف في المبيع قبل القبض إذا حدثت الزيادة المنفصلة غير المتولدة ثم ردَّ بالعيب فعند محمد هي للمشترى وقيل: هي للبائع واتفقوا على أن الزيادة لا تكون للمشترى لأنها تستحق بالملك والضمان وقبل القبض لم يجتمعا في ملك أحدهما بل الملك للمشترى والضمان على البائع حتى لو هلك المبيع والحالة هذه يهلك من ماله.

* * *

القاعدة التاسعة:

«لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه لا يحل لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه سابقاً أو إجازته لاحقاً[١].

والتصرف نوعان: فعلي، وقولي.

أما التصرف الفعلي فإن كان قد تقدمه إذن سابق فإنه يحل لأن الإذن السابق توكيل[٢] وإلا فلا يخلو عن أن يكون غصباً بمجرد وضع اليد عليه أو بإحداث فعل ذي أثر. فإن كان غصباً فهو محظور والواجب رد العين ويكون مضموناً عليه إذا تلف إلا إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة فإن العين بالإجازة تنقلب أمانة[٣].

وإن كان تصرفه بإحداث فعل ذي أثر في العين كالحفر في ملك الغير بلا إذنه فليس للمالك أن يجبر الحافر على الردم لما حفره في أرضه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف بل يضمنه النقصان بخلاف الحفر في سكة غير نافذة أو في الطريق العام، فإن الحافر فيه يجبر على الردم لما حفره في الأرض وهذا اتفاق.

---

(١) شرح القواعد الفقهية (ص٤٢٩) بتصرف.

(٢) المادة: ١٤٥٢.

(٣) جامع الفصولين الفصل ٣٣

ثم إذا نشأ عن حفره هذا ضرر كما إذا وقع حيوان في الحفرة فتلف يضمنه الحافر، لأنه متسبب ومتعدّ إلا إذا كان الحفر في ملك الغير ورضي المالك بالحفر قبل وقوع الحيوان فإنه يسقط الضمان عن الحافر حينئذ ويصير كأنه حفر بإذن المالك ابتداء حتى إنه لو أراد الحافر أن يردم ما حفره في الأرض فليس له ذلك[1].

وإن كان إتلافاً فهو مضمون بكل حال، سواء أجازه المالك أو لا؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

وأما التصرف في ملك الغير بالقول كبيع الفضولي وهبته وإجارته مثلًا فإن أعقبه تسليم كان غاصباً بالتسليم وضامناً ويكون العقد موقوفًا، فإذا لحقته إجازة المالك بشروطها لزم. وشرطها بقاء المالك والعين المتصرف فيها والمتعاقدين ويزاد في البيع الثمن ويزاد في الإجارة المدة وإن كان التصرف قولياً لم يتعقبه تسليم فهو موقوف على إجازة المالك بشروطها وهو عقد صحيح لأن العقد الموقوف من قسم الصحيح إلا بيع المكره فإنه موقوف فاسد وهذا ليس من موضوع القاعدة.

وإذا تصرف ثم ادعى أن تصرفه كان بالإذن وأنكر المالك فالقول للمالك إلا في الزوج إذا كان قد تصرف في مال زوجته حال حياتها ثم اختلف مع ورثتها بعد موتها فادعى أنه كان بأذنها وأنكر الورثة فالقول للزوج.

ثم إن الإذن قد يكون صريحاً وذلك ظاهر، وقد يكون دلالة وذلك كما لو مرضت الشاة مع الراعي المستأجر في المرعى مرضا لا ترجى حياتها معه فذبحها

---

(١) حاشية الرملي من جامع الفصولين (ص١٢٦، ١٣٥).

فإنه لا يضمنها لأن ذلك مأذون فيه دلالة.

ومثل إذن المالك إذن من له حق الأذن من ولي أو وصي أو وكيل أو متول.

وهذه الشروط في إجازة عقد الفضولي المحض غير المأذون له دلالة فإن كان مأذوناً له دلالة فلا تشترط هذه شروط فلو أن إنسانًا مات في السفر فباع رفقاؤه تركته وهم في مكان ليس فيه قاض جاز بيعهم وللمشترى الانتفاع بما اشتراه.

وأما الوارث شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ما وجد من المتاع وضمن الفضولي ما لم يجد وتصح الإجازة مع هلاك المبيع وذلك لكون الفضولي مأذون له دلالة.

وفى بستان العنب المشترك إذا غاب أحد الشريكين فمن حق الشريك الحاضر أن يتولى القيام على البستان فإذا أدركت الثمرة فإنه يبيع ويأخذ حصته ويقف حصة الغائب فإذا قدم الغائب فله أن يجيز بيعه أو يضمنه[1].

وإنما صحت الإجازة مع أن العنب من الأثمار التي لا تبقى وما ذاك إلا لأن الحاضر مأذون بالبيع وحفظ الثمن دلالة عند شركة الغائب الذي لا يرضى أن تترك حصته حتى تتلف.

المستثنى من القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة مسائل يجوز التصرف فيها في مال الغير ديانة بلا إذنه:

ومنها: أنه يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج إليه الأب أو الابن المريض بلا إذنه ولا يجوز في المتاع. ومنها: أنه يجوز للرفقة في السفر إذا مات أحدهم أو مرض أو أغمي

---

(١) المادة: ١٠٨٦ من المجلة

عليه أن ينفقوا عليه من ماله وكذا لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لا متولي له من غلته لحصير ونحوه أو أنفق الورثة الكبار على الصغار الذين لا وصي لهم ففي جميع ذلك لا يضمن المنفقون ديانة.

أما في القضاء فهم متطوعون، وكذلك المديون إذا مات دائنه وعليه دين لآخر مثله لم يقضه فقضاه المديون أو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر لم يقضه فقضاه الوديع أو عرف الوصي دينا على الميت فقضاه فجميع تصرفاتهم هذه جائزة ديانة ولكنهم متطوعون حكماً.

* * *

القاعدة العاشرة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن الأمر إذا كان مباحاً فعلاً أو تركا فإنه ينافي الضمان[(١)].

وذلك بشرطين:

الأول: أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة.

الثاني: أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه.

وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي والجواز الشرعي يأبى وجوده فتنافيا.

فروع القاعدة:

أما فروع القاعدة فهي كثيرة ومن أهمها: أنه لو حفر إنسان بئراً في ملكه الخاص أو في طريق العامة ولكن بإذن ولي الأمر فوقع فيها حيوان وأوقع إنسان فهلك، لا يضمن حافر البئر شيئاً، وكذلك لو خالف في حفظ الوديعة أو استعمال العين المستأجرة كما إذا قال المودع للوديع: احفظها في البيت الفلاني من دارك فحفظها في بيت آخر مثله أو استأجر الدابة ليحملها مقداراً معينا من حنطة مثلًا فحملها المقدار نفسه من حنطة أخرى فلا ضمان.

أو خالف إلى ما هو خير كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحصن من الذي عينه له المودع أو استأجر الدابة ليحملها مقداراً معينا من حنطة فحملها نفس المقدار من شعير أو سمسم فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة فلا ضمان عليه في شيء من ذلك[(٢)].

(١) شرح القواعد الفقهية (ص٤٠-٤٩).

(٢) مجلة الأحكام العدلية المواد: ٦٠٥، ٧٨٤، ٩٢٤.

وكذا لو أخذ الوكيل بالبيع رهنا بثمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل وسقط الدين عن المشترى إذا كان مثل الثمن[1] وكذا لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الأجرة فهلكت في يده لا يضمن العين وسقط الأجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر.

وكذا لو فسخت الإجارة فحبس المستأجر العين لقبض ما كان عجله من الأجرة فهلكت في يده لا يضمن ولا يسقط ما عجله من الإجارة. وكذلك لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بها أنفق على صاحبها ثم طلبها ربها فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت لا يضمن ولا تسقط النفقة على المعتمد وذلك لأن كل هذه الأعمال جائزة والجواز الشرعي ينافي الضمان.

وأما إذا كان الأمر المباح تركا وذلك بأن امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده أو أخر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر أو ليقضى به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه لا ضمان عليهم لأن الامتناع في هذه الصور جائز، والجواز الشرعي ينافي الضمان.

وإنما شرطنا لعدم الضمان أن لا يكون الفعل الجائز مقيداً بشرط السلامة وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئا بيدها أو فمها وهو راكبها أو سائقها

(١) المجلة المادة ١٥٠.

أو قائدها فيضمن لأن مروره ذلك وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة[١].

وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته، ويخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع الحريق بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها فإنه يجوز ذلك ويضمن قيمتها معرضة للحريق[٢].

وإذا قلنا: إن مفهوم القاعدة أن عدم الجواز الشرعي لا ينافي الضمان ولا يأباه ولكن هل يستلزمه؟ فيه نظر وقد صرح بعض الفقهاء بأن الإثم لا يستلزم الضمان وذلك فيما لو منع شخص المالك عن أمواله حتى هلكت فإنه يأثم ولا يضمن وصرحوا في الإكراه من أنه لو أُكره إكراهًا ملجئًا على قتل الغير أو قطع عضوه لا يحل له فلو فعل فالقصاص على المِكره بالكسر، ويؤيده ما لو دل وارث الوديع السارق على الوديعة فسرقها فإنه لا يضمن ولو قصَّر المتولي في مطالبة المستأجر بالأجرة حتى اجتمع عليه مال كثير فهرب لا يضمن ولو قصر المتولي في رفع المستأجر للحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجرة المثل إذا كان المستأجر ممتنعاً عن دفعها مع قدرته على رفعه لا يضمن.

وكذلك لو أودع اثنان مثليًا عند آخر لم يجز له أن يدفع لأحدهما حصة منه بغيبة الآخر ولو دفع لا يضمن استحسانا ورجحه في البحر واختار النسفى وغيره الضمان وكما لو سعى ببريء إلى ظالم قد يغرم وقد لا يغرم فكل ما ذكر من هذه الأعمال غير جائزة شرعاً ولم يوجبوا به ضمانا وكما لو وجد اللقطة وقد أمن من نفسه تعريفها وكانت

(١) مجلة الأحكام المادة: ٩٢٦، ٩٢٣، ٩٣٣.

(٢) المادة: ٩١٩ من المجلة

بمعرض الضياع فلم يعرفها فإنه يأثم ولا يضمن لو ضاعت على المعتمد.

ما يستثنى من القاعدة:

خرج عن القاعدة مسائل منها أن الوكيل بالشراء له حبس المبيع عن موكله حتى يقبض منه الثمن ولكن لو هلك المبيع في يده والحالة هذه يلزم الوكيل الثمن[1] ومنها ما لوا ستقل أحد الشريكين في البستان أثماره وباعها حين غيبة شريكه فإن عمله هذا جائز ولكن إذا حضر شريكه فهو مخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يضمنه حصته[2].

ومنها ما لو مات رفيقه في السفر ولا قاضي فله بيع أمتعته وحفظ ثمنها لورثته والورثة بالخيار بين أن يجيزوا البيع ويأخذوا الثمن أو يأخذوا ما وجدوا ويضمنوا ما لم يجدوا.

ومنها: ما لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها زمنا كافيًا ثم جاء صاحبها فهو بالخيار بين أن يجيز تصدقه أو يضمنه ومنها: أنه لو وقع حريق في محله فهدم رجل بيت جاره لمنع سريان الحريق بلا إذن الجار أو ولي الأمر ثم انقطع الحريق ضمن قيمتها على أنها معرضة للحريق ناقصة عن قيمتها كاملة ولا يكون آثما في فعله على كل حال.

* * *

---

(١) المادة: ١٤٩٢ من المجلة.

(٢) المادة: ١٠٨٦.

القاعدة الحادية عشرة: «الغرم بالغنم»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الغرم مقابل الغنم، والغرم هو ما يلزم المرء من مال أو نفس لقاء شيء. أو هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء.

فمثلًا تعمير العقار الموقوف تكون على من يرغب في سكنى هذا العقار في مقابلة سكناهم فيه. وكذلك العقار المشترك تكون مؤنة تعميره على الشركاء في مقابلة سكناهم فيه. وكمؤنة كرى النهر المشترك وتعمير حافاته وتطهير مائه فإنها على الشركاء فيه في مقابلة انتفاعهم بحق الشرب وكإيجاب ضمان العين المرهونة على المرتهن لقاء تمكنه من استيفاء دينه منها.

ومن ذلك أيضاً: أن الأصل في مجال استثمار المال وطرق تنميته أن الشخص إذا كان يعمل فيه بنفسه فهو الذي يحصل على منافعه، وهو الذي يتحمل مخاطره وضمانه فيكون خراجه عليه وضمانه عليه هو وحده، أي: أن الغنم بالغرم أما إذا سلمه لشخص آخر لاستثماره أو ليتصرف فيه كيفما شاء فإن هذا المال يدخل في ضمان الشخص المستلم لهذا المال لأن حق صاحب المال في ذمته فتكون له منافعه وعليه ضمانه طالما أن المالك لا سلطان له على استثمار المال فإذا هلك ضمنه لصاحب المال مهما كانت الظروف.

وهذا ما ينطبق على القرض والديون والائتمان بكل صوره وأما إذا نقل قدرته المالية إلى شخص وظل له سلطة على استعماله ففي هذه الحالة يتحمل نصيباً من المخاطر بقدر المال الذي سلمه ويكون له في مقابل ذلك عائد من الربح وهذا ما يحدث في الشركات

تخريجا على قاعدة «الغرم بالغنم» وقاعدة «الخراج بالضمان»[١].

ومعناها ربط استحقاق الإيراد أو الربح وهو الخراج بتبعة أو تحمل الهلاك للمال سواء كان الهلاك بتلف أو خسارة والبعد عن شرط الأسد وهو ذلك الشرط الجائر الذي ضمن الكسب لطرف دون طرف وهذا الشرط ينافي العدل ويحقق الظلم فإن تحديد مقدار معين مسبق من الربح بنسبة معينة من رأس المال لا يحقق العدالة فقد يكون مساويًا لما تم تحديده وقد يكون دونه فإن إعطاء هذا المقدار المحدد لطرف يمثل تمييزاً له على حساب شريكه وهذا ما يسمى بشرط الأسد.

من أجل ذلك اختلف الفقهاء فيما إذا كان اقتسام الربح حسب حصص رأس المال أو حسب الاتفاق وكان هذا الاختلاف فيما هو أعدل فالأحناف والحنابلة يرون جواز التفاضل في الربح حسب الاتفاق والشافعية وأهل الظاهر على القول بتساوي الربح مع حصة رأس المال[٢] ولا يقال في تبرير الفائدة إن العادة جرت بذلك والعادة محكمة.

كما لا يقال: إن ذلك من قبيل الشرط القائم بين المتعاقدين والمعروف عرفا كالمشروط شرطاً، لأن العرف لا يؤخذ به إذا تعارض مع الشرع ولا يلتفت إليه ولا يعمل به.

ولا يقال: إن مخاطر البنك قليلة أو نادرة أو يمكن إذا حدثت أن تغطى من المخصصات وتنوع الاستخدام. لا يقال في تبرير حل الفائدة ذلك لأن الواقع العملي

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص١٥٠)

(٢) بدائع الصنائع (٦/ ٦٢)، شرح الزرقا (٦/ ٤٨)، فتح العزيز (١٠/ ٤٣٤)، المغنى والشرح الكبير (٥/ ٤٧)، المحلى (٨/ ١٤٤).

أثبت حدوث مخاطر جسيمة للبنك وبشكل حاد فقد لا يحقق البنك، في كل الأحوال معدل الفوائد المطلوبة للمودعين إضافة إلى ذلك مخاطر عدم السداد ومخاطر الاستيلاء على أموال البنوك وهي ظاهرة موجودة وقائمة في هذه الأيام ومن أجل ذلك يتحتم البعد عن العمليات الربوية ويستبدل عنها بالمشاركات في الغنم والغرم فهو البديل الشرعي عن الغنم المضمون المتمثل في سعر الفائدة الثابتة وعلى البنوك غير الإسلامية أن تعدل نظامها في المستقبل فذلك فيه صلاح للفرد والمجتمع وفيه البعد عن مخاطر الربا الذي نهى الله عنه بقوله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾[سورة البقرة الآيتان: ٢٧٨، ٢٧٩]. ومن ذلك ما إذا اتفقوا على قيمة ما يلقى في البحر من الأمتعة المحمولة في السفينة إذا شرفت على الغرق من ثقلها فإنها تكون موزعة على ركاب السفينة بمقابلة سلامتهم من الغرق، وكأجرة صك الشراء وحجج المبيعات فإنها تكون على المشتري في مقابلة استنفاعه بها اشتراه وكأجرة القسام والكيال والوزان، فإنها تكون على الشركاء لأن نفع ذلك عائد إليهم.

* * *

القاعدة الثانية عشرة:

«قاعدة يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً»:

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن الفعل ينسب حكمه إلى الفاعل ولا ينسب إلى الآمر لأن الفاعل هو العلة والأصل في المعلولات أن تضاف إلى عللها لأنها هي المؤثرة فيها لا إلى أسبابها لأنها موصلة إليها في الجملة والموصل دون المؤثر[1].

وإنما ينسب حكم الفعل إلى الفاعل دون الآمر ما لم يكن الآمر مجبرا للفاعل على الفعل فإذا كان الآمر هو الذي أجبر الفاعل على الفعل فحينئذ ينسب الفعل إليه لا إلى الفاعل لأن الفاعل بالإكراه صار كالآلة في يد المكرِه الذي أكرهه على ارتكاب الفعل[2].

التطبيقات:

فلو أمر إنسان غيره بإتلاف مال أو بقطع عضو آدمي أو بقتل نفس معصومة فالضمان والقصاص على الفاعل لا على الآمر إلا إذا كان الآمر قد أجبره وأكرهه على الفعل فيكون الضمان أو القصاص عليه حينئذ بشرط أن يكون الإكراه ملجئًا[3].

فإن كان الإكراه غير ملجئ فلا يعتبر في مثل ذلك ومن الإكراه المعتبر ما إذا كان الآمر سلطانًا فإن أمره إكراه وحتى يكون الضمان على الفاعل فإنه يشترط أن يكون عاقلاً بالغا

---

(١) بتصرف من شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٤٤٣) والمادة: ٩٥ من المجلة وجامع الفصولين الفصل ٣٣.

(٢) بتصرف في الصياغة نم شرح القواعد الفقهية (ص٤٤٣).

(٣) المادة: ٩٤٩.

لأنه إذا لم يكن كذلك بأن كان غير عاقل أو كان صبيًا فإن الفعل يضاف إلى الآمر لا إلى الفاعل ومن ثم فإنه يرجع بما ضمنه على آمره إذا كان أمره معتبرا بأن كان عاقلا بالغاً أما إذا كان صغيراً أو غير عاقل فلا يرجع عليه.

وحتى يكون الفاعل هو الضامن فإنه يشترط. أن لا يصح أمر الآمر في زعمه لأنه لو صح في زعمه فإنه يرجع عليه بما ضمنه وإن كان الأمر غير صحيح في الواقع فإذا أمره بفتح باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الأمر وهذا فيما إذا قال: «احفر لي أو قال احفر في حائطي أو كان ساكناً في تلك الدار أو استأجره على ذلك لأن ذلك كله من علامات الملك وإلا فلا يرجع لأن الأمر لم يصح في زعم المأمور.

ومما صح فيه أمر الآمر في زعم المأمور أن يقول رجل لأهل السوق: بايعوا ابني هذا فقد أذنت له بالتجارة فبايعوه ثم ظهر أنه ابن الغير فإنهم يرجعون على الرجل وهو الآمر لأن الأمر بقوله بايعوا والإضافة بقوله ابني يصححان أمر الآمر في زعم المأمور ويجعلانه مغروراً من قبل الآمر فيرجعون بما تضرروا به على الآمر.

ويشترط كون الآمر هو الذي أجبر الفاعل لأجل إضافة حكم الفعل إلى الآمر لا إلى الفاعل ومثال ذلك ما إذا لم يكن أمره للغير يضمن الآمر بالضمان ولم يكن أمره له بدفع مال عنه لقاء واجب دنيوي عليه يطالب به بالحبس والملازمة أو لقاء شيئ يدخله المأمور في ملك الآمر بواسطة امتثاله أمره أو لقاء سلامة نفس الآمر.

فإن كان شيئ من ذلك فلا يشترط لإضافة حكم الفعل إليه والرجوع عليه كونه مجبراً فلوا أمر غيره بقضاء دين عليه مثلًا ففعل رجع عليه لأن ذلك واجب دنيوي على الآمر يطالب به بالحبس والملازمة وكذلك لو أمره بإنفاق على نفسه أو على بناء داره ففعل

رجع عليه في جميع ذلك، لأن ما أنفقه المأمور كان لقاء ما أدخله بواسطة إنفاقه في ملك الآمر من الطعام والكسوة والبناء وكذلك لو أمر الأسير غيره بفدائه رجع عليه لأن ما دفعه المأمور على الآمر بلا اشتراط نعم في مسألة الأسير قولان قيل: له الرجوع بلا اشتراط وقيل: لا بد من الاشتراط لحق الرجوع فإذا اشترط عليه رجع وإلا فلا.

ما يستثنى من القاعدة:

خرج عن هذه القاعدة ما لو كان المأمور أجيراً خاصاً للآمر فتلف بعمله شيئ من غير أن يجاوز المعتاد فالضمان على الآمر له فلو أمر أجيرًا خاصًا له برش الماء في فناء دكانه فرش فما تولد منه فالضمان على الآمر وإن كان بغير أمره فالضمان على الراش[1].

والخلاصة: أن دعوى الضمان تكون على المباشر لا غير صح الأمر أو لم يصح فإن صح الأمر رجع المباشر على الأمر وإن لم يصح فلا رجوع.

والظاهر أن إضافة الفعل للفاعل لا للآمر إنما تكون في فعل ظهر فيه تعد على الغير موجب للضمان، فلو لم يكن فيه شيئ من هذا فإن الفعل يضاف حينئذ للآمر إذا كان الفعل يقبل الاستنابة كما لو حلف بطلاق زوجته أن لا يدخل دار فلان فأمر غيره فحمله وأدخله أو حلف بطلاق زوجته أن لا يفعل الأمر الفلاني فأمر غيره بفعله ففعله فإنه يحنث في الصورتين. إلا ما استثنوه من المسائل التي لا يلزم الموكل إضافتها إلى موكله أو التي لا ولاية للآمر فيها كضرب ابنه الكبير.

* * *

---

(١) جامع الفصولين الفصل ٣٣ (ص١٢٥).

القاعدة الثالثة عشرة:

«الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان»

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الأمر الثابت بالبينة العادلة كالمشاهد بالعيان.

فكما أن الأمر المشاهد بحاسة البصر لا يسع الإنسان مخالفته فكذلك ما ثبت بالبينة المزكاة لا تسوغ مخالفته لأن البينة مبينة والبينة، هي: إقرار المدعى عليه بالمدعى فإذا أقر فإنه يتحتم عليه ما قد أقر به وكأنه ثبت بالمشاهدة، فإذا ثبت شيء بالبينة فإنه يحكم بمقتضى البينة لأنها بمنزلة ما شوهد بالحس.

ولا يكاد يفترق ما ثبت بالبينة عما ثبت بالحس والمشاهدة إلا في شيئ واحد وهو أن ما كان قائماً مشاهداً لا تسمع دعوى ما يخالفه ولا تقام البينة عليه ولا على الإقرار، كما إذا ادعى على آخر أنه قتل مورثه، وهو حي، أو أنه قطع يده وهي قائمة، بخلاف ما إذا كان أمراً منقضيًا وثبت بالبينة فإنه تسمع دعوى ما يخالفه كما إذا ادعى عليه دينا فأثبته بالبينة فادعى عليه المدعى عليه أنه أقر بأن لا شيئ له عليه فإنها تسمع الدعوى.

ما يستثنى من القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة: ما لو أنكر المدعى عليه المال وحلف بالطلاق على ذلك فأقام المدعي شاهدين شهدا بإقراضه له لم يحنث لأنه بالشهادة على الإقراض لم يتحقق قيام الدين حين الحلف كما يعلم من المحل المذكور[1].

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٣٦٧، ٣٦٨).

القاعدة الرابعة عشرة:

«إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الحكم يضاف إلى الفاعل المباشر له دون المفضي له والموصل إلى وقوعه. لأن الفاعل هو العلة المؤثرة في الفعل، والأصل في الأحكام أنها تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة لأنها أقوى وأقرب، إذ المتسبب هو الذي تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه من تلف أو غيره فعل فاعل مختار.

والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب.

فإذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم كالعلة وعلة العلة إذا اجتمعا فالحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة[1].

الفروع: ومن الفروع المندرجة تحت القاعدة. لو حفر رجل بئراً في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر، فألقى رجل حيوان رجل آخر في تلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان لأنه مباشر ولأن المباشرة هي العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله وبين التلف فعل فاعل مختار وليس على حافر البئر ضمان لأنه وإن كان فعله مفضيًا وموصلاً إلى التلف إلا أن التلف لم يحصل بفعله بل تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو الذي باشر الإلقاء بلا

(١) بتصرف في الصياغة من شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٤٤٧).

واسطة فكان الضمان عليه.

أما إذا لم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار بأن تدهور فيه الحيوان بلا صنع أحد ضمن الحافر إذا كان متعديًا بأن كان حفره بغير إذن ولي الأمر[(١)].

ويتفرع على القاعدة، ما لو دل شخص سارقًا على مال إنسان فسرقه أو دل آخر على القتل أو قطع الطريق ففعل فلا ضمان على الدال بل على السارق والقاتل وقاطع الطريق لأن كلا منهم مباشر.

وكذا لو دفع سكينا إلى صبي مميز ليمسكه له فقتل الصبي به نفسه فلا ضمان على الدافع المتسبب لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو الصبي الذي ضرب نفسه باختياره فلو لم يحصل التلف باختياره بأن وقع السكين من الصبي عليه فجرحه ضمن الدافع.

وإنما يجب الضمان على المباشر وحده دون المتسبب إذا كان السبب لا يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة كحفر البئر فإنه بانفراده لا يوجب التلف ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة وإن كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع.

أما إذا كان السبب يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة كالسائق مع الراكب فإن المباشر والمتسبب يشتركان حينئذ في ضمان ما تتلفه الدابة لأن السائق يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن الراكب فيضمنان بالسوية.

ما يستثنى من القاعدة: خرج عن هذه القاعدة ما لو دل الوديع السارق على

---

(١) المادة: ٩٢٢، ٩٢٤، ٩٢٥.

الوديعة فسرقها.

فإنه يضمن لترك الحفظ إلا إذا منعه حين الأخذ فأخذها كرها فلا يضمن. بخلاف وارث الوديع إذا دل السارق عليها فإنه لا يضمن لأنها في يده أمانة محضة لم يلتزم الحفظ فيها. ومثله ما لو ألقت الريح ثوب الجار في داره فدل السارق عليه لتصريحهم بأنه أمانة محضة لا التزام للحفظ فيها.

* * *

القاعدة الخامسة عشرة:

«المباشر ضامن وإن لم يتعمد»

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن المباشر للفعل يكون ضامنا لما تلف بفعله إذا كان متعديًا فيه وإن لم يتعمد الإتلاف لأن الخطأ يرفع الإثم ولا يرفع ضمان المتلف ما دام متعديا، ولأن المباشرة علة صالحة للإتلاف فلا يكون عدم التعمد عذراً مسقطا للضمان عن المباشر المتعدي[١].

فروع القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة. ما لو زلق إنسان فوقع على مال شخص فأتلفه أو أتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه فإنه يضمن في الصورتين[٢].

ومن الصور ما لو سقط من ظهر الحمال شيئ فأتلف مال غيره ضمن الحمال. وكذا لو طرق الحداد الحديدة المحماة فطار شررها فأحرق ثوب إنسان مار في الطريق ضمنه الحداد[٣].

وما لو انقلب النائم أو الصغير، ولو كان لا يعقل أصلا على مال لغيره فأتلفه أو انقلب على شخص فقتله فإنه يضمن.

---

(١) بتصرف من شرح القواعد الفقهية للزرقا (ص٤٥٣).

(٢) المجلة المادة: ٩١٣، ٩١٤.

(٣) المادة: ٩٢٦.

وكل هذه الأفعال لا توصف بالحظر وقد حكم بالضمان فيها لأن المباشر ضامن وإن لم يتعمد.

وإنما قيدنا ضمان المباشر بما إذا كان متعديًا ليخرج ما عداه كما لو قتل الإنسان من جاء ليقتله أو ليأخذ ماله وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل فإنه لا يضمن مع أنه مباشر للفعل وذلك لكونه غير متعد ولولا هذا القيد لكان الفرعان وما شاكلهما داخلين في جملة المضمون وليس كذلك.

ومثل ذلك ما لو كان فعله في ملكه ولكن اتصل به مسوغ له كما لو حفر في ملكه أو سقى أرضه سقيًا معتادًا فتلف بحفره أو سقيه شيئ فإنه لا يضمنه لكونه في ملكه ولم يتجاوز المعتاد. ولولا ذلك لدخل الفرعان تحت التعدي وليسا من التعدي في شئ.

* * *

القاعدة السادسة عشرة:

«إذا اجتمع السبب والغرور أو المباشر قدمت المباشرة»[1]:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أنه: إذا اجتمع في أمر سبب وغرور ومباشرة قدمت المباشرة، وإذا اجتمع غرور ومباشرة قدمت المباشرة، لأن المباشرة هي العلة المؤثرة والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة لأنها أقوى وأقرب[2].

ومعنى هذا أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر هو الفاعل وهو العلة المؤثرة والمتسبب هو الموصل إلى وقوع الأثر المترتب على الفعل، فكان فعل الفاعل أقرب لإضافة الحكم إلى الفاعل من المتسبب. ولهذا قال الرملي: إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمباشر مقدم كالعلة وعلة العلة، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة[3].

وعليه فإنه إذا اجتمع المباشر وهو الفاعل والسبب ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إلا بفعل فاعل آخر فإن الحكم يضاف إلى الفاعل المباشر دون المتسبب المباشر في الضمان على المتسبب.

تعريف السبب:

الأسباب في اللغة جمع سبب والسبب وهو كل ما يتوصل به إلى غيره. يقال: هذا

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٨٧٩).

(٢) القواعد الفقهية للزرقا (ص٤٤٧)، بتصرف.

(٣) جامع الفصولين الفصل ٣٣، (ص١٢٤).

سبب هذا، وهذا مسبب عن هذا[1] فالسبب ما يكون طريقا إلى الشيء بواسطة. كالطريق فإنه سبب للوصول إلى المقصد بواسطة المشي[2].

والسبب عند الأصوليين: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته. كالبنوة فإنها سبب في الميراث وكذلك الأبوة فإذا وجد السبب أي البنوة وجد المسبب وهو الميراث. وقد يوجد السبب ولا يوجد المسبب لمانع كالقتل فإنه مانع من الميراث[3].

والسبب عند جمهور الفقهاء: هو الأمر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارع أمارة على وجود الحكم[4]. أو هو عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به[5].

وبمقتضى هذا التعريف تثبت حقيقتان:

إحداهما: أن السبب لا ينعقد سببًا إلا بجعل الشارع له سبباً، لأن الأحكام التكليفية تكليف من الله تعالى، وإذا كان المكلف هو الشارع فهو الذي يجعل الأسباب التي ترتبط بها الأحكام أسباباً. والحقيقة الثانية: أن هذه الأسباب ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية بل هي أمارة لظهورها، يقول الإمام الشاطبى: إن السبب غير فاعل بنفسه وإنما وقع المسبب عنده لا به[6]. إذا تقرر ذلك فالمراد بالسبب في القاعدة ما يؤثر ولا يحصل.

---

(١) المصباح المنير (١/ ٣١٠).

(٢) أصول الشاشى (ص٣٥٣) دار الكتاب العربي - بيروت.

(٣) محاضرات في القواعد الفقهية لأستاذنا الدكتور جاد الرب (ص٤٨).

(٤) أصول الفقه لأستاذنا الدكتور محمد أبى النور زهير (ص٤٣) دار الفكر العربي.

(٥) المستصفى للغزالى تحقيق محمد مصطفى أبى العلا (ص١١٢).

(٦) الموافقات (١/ ٢٠١)، طبع المطبعة التجارية الكبرى.

أنواع السبب:

وأنواع السبب ثلاثة:

السبب الأول: السبب الشرعي: وهو ما كان تأثيره من الشارع فهو الذي جعله مؤثراً كالبينة فإنها مؤثرة لأن الحكم يبنى عليها. فالقاضي أسير البينة ولكنها لا تحصل لأن هذا من اختصاص الجلاد.

والسبب الثاني: السبب الحسي: وهو كمن أمسك بآخر فقتله ثالث، فالمسك مؤثر إذ لولاه لأمكنه الهرب ولكنه غير محصل للقتل لأن القتل حصل من الثالث. ومثل ذلك الإكراه على القتل.

السبب الثالث: السبب العادي: فأساس اللزوم فيه العرف والعادة مثل الضيافة بمسموم. فإذا قدم صاحب البيت طعاماً مسموماً فأكله الضيف فمات، فالأكل من المسموم مؤثر غير محصل لأنه ليس بضروري أن يكون السم هو الذي قتله.

وعلى هذا فما يحصل الهلاك عنده لا به يسمى سبباً[1]. والسبب في القاعدة مراد به هنا ما لا يؤثر ولا يحصل ولكن يحصل التلف عنده كالحفر في الطريق العام فهو غير مؤثر إذ قد يتفادى هذه الحفرة وغير محصل إذ قد يقع في الحفرة ولا يحصل الموت.

الغرور:

الغرور في اللغة هو الخطر[2]. وعند الفقهاء: هو إبداء ما ظاهره السلامة ثم يتخلف كما لو تزوج فتاة على أنها بكر فثبت أنها ثيب ويدخل تحته مسائل كثيرة في الفقه.

---

(١) المتسصفي (ص١١٢).

(٢) المعجم الوجيز (ص٤٤٨).

المباشرة:

مأخوذة من باشر الأمر أي تولاه بنفسه، وباشر الفعل أي فعله في غير وساطة[١].

والمباشر هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل آخر. فلو حفر رجل بئراً في الطريق العام فألقى شخص حيوان شخص آخر في ذلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيئ على حافر البئر، لأن حفر البئر في حد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان لو لم ينضم إليه فعل المباشرة وهو إلقاء الحيوان في البئر فلولا الإلقاء لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط[٢].

والمباشرة هي: ما تؤثر وتحصل كالذبح بالسكين. وفي العادة يكون الضمان على المباشر ما لم يرق التغرير إلى درجة المباشرة فيكون الضمان على المغرر وذلك بأن يكون السبب قويًا جداً فينزل منزلة المباشرة ويقدم عليها استثناء.

فروع القاعدة:

من الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة: ما لو غصب إنسان طعاماً ثم قدمه لمالكه فأكله وهو جاهل بأن هذا الطعام هو ملكه فالأظهر أن الغاصب لا يضمن لأنه إذا اجتمع سبب ومباشرة وكانت المباشرة من المالك قدمت المباشرة على السبب ولا ضمان على الغاصب وإن كان فيه تغرير من الغاصب لأن المالك باشر إتلاف ماله باختياره[٣].

---

(١) الوجيز (ص٥٢).

(٢) دور الحطام (ص٨٠).

(٣) في المحتاج (٣/ ٢٨٠).

ومقابل الأظهر يكون الضمان على الغاصب لأن التغرير من الغاصب قام مقام الإتلاف والمباشرة معاً ولأن التغرير حامل قوي على الأكل فالمالك أكل الطعام جاهلاً أنه طعامه فلا يبرأ الغاصب لجهل المالك به فالعلة في الضمان جهل المالك به.

ويرد على هذا بأن التقصير من المالك فيتحمل الضمان إذ أنه كان يمكنه أن يتعرف على طعامه ولكنه لم يفعل أما إذا كان عالماً بأن الطعام له فلا ضمان على الغاصب قطعاً لأنه إذا علم قدمت المباشرة قولاً واحداً.

فالضيافة سبب عادي والأكل مباشرة فتقدم المباشرة على السبب.

ومن الفروع ما لو حفر بئراً فرداه فيها آخر أو أمسكه فقتله آخر أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر بسيفه فَقَدَّهُ نصفين، فالقصاص على المردي والقاتل والقَادّ فقد اجتمع السبب والمباشرة في هذه المسألة فتقدم المباشرة ومن ثم فلا ضمان على الحافر لأنه لا يلزم من حفر البئر القتل تقديماً للمباشرة وأيضًا لا ضمان على الممسك بل القصاص على القاتل لأنه المباشر للقتل وكذلك لا ضمان على الملقي بل القصاص على الذي قده بالسيف لأنه المباشر ولا يلزم من الإلقاء الموت.

ما يستثنى من القاعدة:

ويستثنى من هذه القاعدة: صور لا تقدم فيها المباشرة وهي كما ذكرها السيوطي(١). إذا غصب شخص شاة وأمر الجزار بذبحها والجزار جاهل بغصب الشاة فالضمان على الغاصب قطعاً قاله في الروضة(٢). وكان مقتضى القاعدة أن

---

(١) الأشباه (ص١٧٩).

(٢) روض الطالبين للنووي (٥/ ١٠).

يكون الضمان على الجزار لأنه المباشر ولكنهم قالوا: يضمن القصاب ابتداء ثم يرجع على الغاصب لأنه غرر به والتغرير سبب قوي جداً فأصبحت يد المغرر كيد المباشر فكأنه هو الذي ذبح الشاة.

وبناء على هذا فإن الجزار إذا ذبح الشاة جاهلاً فلا ضمان عليه وهذا قيد لابد منه لنفي الضمان عن الجزار وإلا ضمن هو الآخر فيطالب الجزار ابتداء ثم يرجع به على الغاصب.

ووجه الاستثناء أننا لم نضمن الغاصب ابتداء بل ضمنا الجزار ثم يعود الجزار على الغاصب لأنه وكيل عنه. وإذا قتل الجلاد شخصاً بأمر الإمام وكان القتل ظلماً وكان الجلاد يجهل بأنه مظلوم فهنا اجتمع سبب ومباشرة أما مباشرة القتل فهي من الجلاد وأما سبب القتل فهو الحكم ظلماً فيكون الضمان على الحاكم في هذه المسألة.

وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة لأن مقتضى القاعدة أن يضمن الجلاد لأنه المباشر ولكن غلب السبب لقوته ولأن الجلاد كان عصا في يد الإمام فهو مجرد آلة للتنفيذ وعليه فالفرع خارج.

أما إذا كان الجلاد يعلم بأن الحكم ظلم فالضمان على الجلاد لأنه فاعل. أو عليهما معاً أو على الحاكم لأنه كالمكره والجلاد آلة وهذا هو المعقول.

* * *

القاعدة السابعة عشرة:

«لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه»:

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن المختلف في حكمه بين الفقهاء لا ينكر ولا يجوز الاعتراض عليه.

والإنكار معناه: النهي. وهو توجيه اللوم إلى الفاعل ونهيه عنه لأن الاختلاف أمر طبيعي في الأحكام الاجتهادية وهو من باب التوسعة على الناس في أمور الدين قال تعالى: ﴿وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ ٱلنَّاسَ أُمَّةً وَٰحِدَةً ۖ وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ﴿١١٨﴾ إِلَّا مَن رَّحِمَ رَبُّكَ ۚ وَلِذَٰلِكَ خَلَقَهُمْ ۗ﴾ [سورة هود الآية: ١١٨، ١١٩].

وإذا كانت الأمم كالأطفال في تدرجها من طور إلى طور، وكان الطفل لا يعطى من الطعام إلا ما يستمرئه ويقوى على هضمه – فكذلك لم يشرع الله سبحانه لقوم إلا ما يناسب حياتهم ويلائم عقولهم وتحتمله مداركهم، وذلك هو السر في تعدد الشرائع واختلافها. والمذاهب وتعددها ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ﴾ غير أن الشرائع وإن اختلفت أزمانها وكثرت أعدادها فهي لم تختلف إلا في الفروع والأعمال مع اتحادها في المصدر الذي صدرت عنه، والأصل الذي دعت إليه ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ مِن رَّسُولٍ إِلَّا نُوحِىٓ إِلَيْهِ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّآ أَنَا۠ فَٱعْبُدُونِ ﴿٢٥﴾﴾، ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِۦٓ إِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ ۖ أَنْ أَقِيمُوا۟ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا۟ فِيهِ ۚ﴾.

وتمشيًا مع سنة الله في خلقه وأنه خلق الناس مختلفين في المدارك والعقول اختلفت الآراء الفقهية وتكون من هذا الاختلاف مدارس في الفقه ثم تبلورت المدارس فصارت مذاهب فقيه.

ويجب أن نشير هنا إلى أن الاختلاف لم يكن في ذات الدين ولا في لب الشريعة ولكنه اختلاف في فهم بعض نصوصها وفي تطبيق كلياتها على الفروع وكل المختلفين مجمعون على تقديس النصوص التي جاءت في القرآن والسنة بل كانوا من فرط اتباعهم للإسلام لا يسمح أكثرهم بمخالفة أقوال الصحابة لأنهم شاهدوا منازل الوحي، ومدارك الرسالة، وتلقوا علم النبوة من النبي ﷺ ونقلوه إلى الأخلاف فهو اختلاف لا يتناول الأصل ولكنه اختلاف في الفروع، حيث لا يكون دليل قطعي حاسم للخلاف.

ومثل أقوالهم بالنسبة للشريعة كمثل أغصان الشجرة تتشعب وتتفرع والأصل الذي انبعثت عنه واحد يغذي جميع الأغصان المتفرعة.

ولم يفهم الناس في ماضيهم وحاضرهم أن أقوال الفقهاء دين يتبع من غير نظر وما دعا الفقهاء الناس إلى اتباعهم بل دعوهم إلى اتباع الدليل الذي يوصل إلى الحق، ولو خالف أقوالهم، فكبيرهم الإمام أبو حنيفة يقول: هذا أحسن ما وصلنا إليه فمن رأى خيراً منه فليتبعه. وقد سأله بعض الفقهاء: أهذا الذي انتهيت إليه هو الحق الذي لا شك فيه؟ فقال: لا أدري لعله الباطل الذي لا شك فيه.

والشافعي ؓ كان يحث أصحابه على مخالفة قوله الذي يكون مصدره القياس إذا وجدوا حديثاً يخالفه ويقول في ذلك ؓ: « إذا صح الحديث فهو مذهبي» ويقول في قوة

إيمان: « أي أرض تقلني وأي سماء تظلني إذا جاء حديث رسول الله ﷺ وخالفته ».

وإنه قد روي عن مالك مثل ذلك وأنه ﷺ كان ينهى أصحابه عن أن يكتبوا فتاواه كما كان ينهى أبو حنيفة عن ذلك إذ رأى تلميذه أبا يوسف يكتب ما يقول، فقال له: ويحك يا يعقوب أتكتب كل ما أقول، إني قد أرى رأيًا اليوم، وأخالفه غداً وقد أرى الرأي غداً وأخالفه بعد غدٍ.

وأن الإمام أحمد بن حنبل يقرر أن لكل إنسان أن يجتهد وأن الاجتهاد لم يغلق بابه في المذهب الحنبلي ولم يقل أحد منهم بغلقه كما فعل بعض المتأخرين من الشافعية والحنفية.

وهذا كان الإمام أحمد يقول: ما من عصر من العصور إلا وفيه قائم لله بحجة.

وكان لهذا الاختلاف أثر ظاهر فقد فتح القرائح، فاتجهت الهمم إلى تدوين علم الإسلام مجتهدة متبعة من غير جمود وتركت من بعد ذلك تركة ثرية من الدراسات الفقهية. لا نكون مغالين ولا متجاوزين المعقول إذا قلنا إنها أعظم ثروة فقهية في العالم الإنساني.

ولعل أعظم ثروة يدعيها الأوربيون هو القانون الروماني ولو وزن ما جاء عن الرومان ما عدل عشر معشار ما تركه الفقهاء المسلمون من عيون الفقه ومسائله وأنها لتشمل من الحلول الجزئية والقواعد الكلية ما يغني الإنسانية إن هي بغت الخير لنفسها واتجهت إلى ما ينفعها ويعلو بها[1].

---

(١) يراجع: تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد للإمام محمد أبي زهرة طبع دار الفكر العربي.

ولقد استمر ذلك العمل الفقهي الجليل بعد عصر الأئمة وكان لكل إمام تلاميذه الذين اتبعوه ونهجوا نهجه ثم جاء من بعدهم من درسوا تلك الآراء المروية وهكذا أخذ الاتباع يسود التفكير الفقهي ومن وراء الاتباع كان التقليد.

فالتقليد ساد من القرن الرابع الهجري ولكنه كان تقليداً جزئيًا ابتداء ثم أخذ نطاقه يتسع حتى صار تقليدا كليًا في آخر العصور. وكان لذلك أسبابه الكثيرة وليس هنا مجال بيان أسباب التقليد.

ومرت السنون وانقضت القرون وفي كل حين يبعث الله لهذه الأمة من يجدد لها أمر دينها ويوقظها من سباتها ويوجهها الوجهة الصالحة إلا أنها لا تكاد تستيقظ حتى تعود إلى ما كانت عليه أو أشد مما كانت. وكانت النتيجة الحتمية أن التشريع الإسلامي قد توقف وحل محله التشريع الأجنبي الدخيل وأصبح هو الذي يهيمن على الحياة في دول العالم الإسلامي مع منافاته لدينها وعاداتها وتقاليدها وكانت الأوضاع الأوربية هي التي تغزو البيوت والشوارع والمنتديات والمدارس والمعاهد وأخذت موجتها تقوى وتتغلب على كل ناحية من النواحي حتى كاد الشرق ينسى دينه وتقاليده ويقطع الصلة بين حاضره وماضيه إلا أن الله تعالى لطيف بعباده رحيم بهم، فلا يوجد عصر إلا وفيه قائم لله بحجة وإن الله مظهر دينه على جميع الأديان[1] والاختلاف الذي

---

(١) راجع: فقه السنة للشيخ سيد سابق (١/ ١٠).

يوجد ليس في الأركان، وإنما هو في الفروع، وقد قرر علماؤنا أنه نتيجة حتمية وطبيعية وهو دليل على السعة والمرونة في فهم النصوص ووضعوا القاعدة التي تحكم قضية الاختلاف ، فقالوا: «لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه».

فروع هذه القاعدة:

ومن الأحكام المختلف فيها بين الفقهاء الزواج بدون ولي فمن تزوج امرأه بلا ولي لا ينكر عليه، لأنه جائز عند الإمام أبى حنيفة، فهو لا يشترط الولي في صحة عقد القران مطلقاً لحديث: «**الثيب أحق بنفسها من وليها**»[1].

ومن لمس امرأه أجنبية وصلى لا ينكر عليه لأن وضوءه لم ينتقض عند الحنيفة والإمامية لأن النبي قبَّل بعض نسائه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ[2] فلو قبَّل حنفي زوجته ثم صلى لا يقال له: إن وضوءك انتقض لأن اللمس عنده ولو بشهوة ليس حدثاً بعينه ولا سبباً لوجود الحدث غالبًا فأشبه لمس الرجل للرجل ولمس المرأة للمرأة[3] وهكذا سائر الفروع. وإنما ينكر المجمع على حكمه بين الفقهاء.

أما إذا أجمع العلماء على أمر ثم خالف فيه أحد، فإنه ينكر عليه سواء كان في الشرعيات أو اللغويات أو العقليات أو الدنيويات لأن المجمع عليه شامل

(١) نيل الأوطار للشوكاني (٦/ ١٣٦).

(٢) الموطأ (١/ ٩٢، ٩٣)، ونيل الأوطار (١/ ٣٣١).

(٣) المبسوط (١/ ٦٨)، البدائع (١/ ١٤٨).

لذلك كله.

فالأول: كحل البيع وحرمة الربا، والثاني: ككون الفاء للتعقيب وثم للتراخي.

والثالث: كحدوث العالم.

والرابع: كالحروب وتدبير أمور الرعية فإن الإجماع في كل ذلك حجة فلا يجوز مخالفته ومن خالف فيه فإنه ينكر عليه.

وهذا في غير المحتسب. أما المحتسب وهو من يعينه الحاكم للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. فله أن ينكر على من يخالف الشريعة ولو في الأحكام التي يجوز فيها الخلاف حتى ولو كانت مندوبة، لأن اختصاصات المحتسب مطلقة لا قيد عليها عدا قيد المصلحة.

وهذا يعني أن نطاق الحسبة يتعلق بكل السبل المشروعة التي تدخل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سواء كان متعلقاً بحق من حقوق الله تعالى خالصاً مثل الأمر بصلاة الجماعة في المساجد، وزجر من يترك الصلاة في المسجد بلا عذر أو كان بحق من حقوق العباد ذات النفع العام أو الخاص مثل رعاية المرافق العامة أو مماطلة الديون عند تأخرها على صاحبها دونما عذر.

أو بالحقوق المشتركة مثل إلزام المطلقات بأحكام العدة. وللمحتسب أن يمنع كل ما من شأنه المضايقة في الطرقات من بروز الحوانيت أو وضع السلع فيها حتى لا يعوق نظام المرور ويمنع الجمالين وأهل السفن من الإكثار من

الحمل فقد روى أن عمرﷺ ضرب جمالاً لأنه حمل جمله ما لا يطيق بل إن المحتسب كان يمر على أرباب المناصب العظيمة فإذا رأى تقصيراً فيما ينبغي فعله منهم أخذه عليه حتى لا يتكرر ذلك منهم[١].

علة عدم الإنكار:

وعلة عدم الإنكار: أن الحكم الثابت مع وجود الخلاف ظني وليس اعتبار أحد الأمرين أولى من الأخر، لأن نسبة الحكم المختلف فيه إلى المحرم ليس بأولى من نسبته إلى المحلل. والمراد بالحكم المختلف فيه هنا. الحكم الذي لم يضعف مأخذه فإن كان ضعيف المأخذ بحيث ينقض هذا الحكم لو رفع إلى الحاكم فإنه يجب نقضه لأنه غير معتبر شرعاً.

ومن ذلك ما إذا قضى حاكم بصحة نكاح المتعة، فإن هذا القضاء مخالف للإجماع، لأن الصحابة أجمعوا على فساده، وصح رجوع ابن عباس عنه.

أو كان الحكم الذي حكم به القاضي مخالفاً للسنة المشهورة وذلك فيما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: طلق رجل امرأته ثلاثاً، فتزوجها رجل ثم طلقها قبل أن يدخل بها فأراد زوجها الأول أن يتزوجها فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال ﷺ: **«لا، حتى يذوق الآخر عسيلتها ما ذاق الأول»**[٢].

فيكون قول سعيد بن المسيب إنه يحصل التحليل بالعقد مخالفا للسنة.

---

(١) القضاء في الإسلام للمؤلف (٢/ ٣٧) وما بعدها، طبع المؤسسة العربية الحديثة.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي (١٠/ ٣٠٢).

ولهذا **قال ابن المنذر**: لا نعلم أحداً وافقه على رأيه إلا الخوارج ولعله لم يبلغه الحديث فأخذ بظاهر القرآن[1].

ففي مثل ذلك ينكر على من خالف السنة الصحيحة أو الإجماع.

ومن ذلك أن الأحناف يجيزون شرب القليل من النبيذ الذي لا يوصل إلى حد الإسكار. وأما الشافعية: فإنهم يقولون بحرمته عملاً بحديث رسول الله ﷺ: «**ما أسكر كثيره فقليله حرام**»[2] فينكر على الحنفية جواز شربهم لقليل النبيذ لضعف مأخذهم وتهافت دليلهم الذي اعتمدوا عليه.

ومن ذلك نقل الأعضاء البشرية فإن هذه المسألة مجتهد فيها ما بين مبيح ومحرم ولكل رأيه ودليله الذي يستند إليه ويفتي بمقتضاه ونصوص الشريعة تتسع لذلك تيسيرًا على العباد، وقد قرر فريق منهم أن مصالح نقل الأعضاء عظيمة والمتبرع أقدم على نقل عضو من أعضائه مبتغيًا به وجه الله تعالى ، ولا حرمة فيه ، ما دام مضبوطًا بضوابط الشرع في حين قرر آخرون أنه لا يجوز استقطاع الأعضاء الآدمية لأن الإنسان لا يملك شيئًا من بدنه وإنما هو مملوك لله تعالى ، ومن ثم فلا ينبغي المساس به أو التصرف فيه ، وقد رجح أحد الباحثين المعاصرين في بحثه القيم القول بجواز نقل الأعضاء من إنسان حي وزرعها في إنسان حي مثله بالشروط التي وضعها العلماء الذين أجازوا هذا

(١) القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه (ص٢٤٦).

(٢) نيل الأوطار (٨/ ٢٠٢)، الطبعة الأخيرة والحلبي.

الرأي تمشيًا مع المصالح وعملًا بفتاوى كثيرة صدرت من المجامع الفقهية والهيئات العلمية[1]. فإذا كانت القاعدة لا ينكر المختلف فيه فمن باب أولى لا ينكر المجتهد فيه فالاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد حتى تستقر الأحكام وإنما ينقض حكم القاضي المخالف لدليل قاطع من نص أو إجماع أو قياس جلي.

والقياس الجلي هو ما كانت العلة فيه منصوصة، أو كان قد قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع وهذا ما فعله الإمام عمر بن الخطاب ﷺ فقد لقي رجلاً كانت له خصومة فقال له عمر: ما صنعت؟ قال: قضى فيها علي بن أبي طالب وزيد ابن ثابت رضي الله عنهما بكذا. قال عمر: لو كنت لقضيت بكذا فقال الرجل: وما يمنعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى نص من كتاب أو سنة لفعلت ولكن أردك إلى رأي والرأي مشترك ولم ينقض عمر ما حكم به علي وزيد[2].

سر عدم ذكر فروع لهذه القاعدة:

وسر عدم ذكر فروع لهذه القاعدة ما ذكره الإمام السيوطي بقوله: لأن كل ما في الفقه من فروع مختلف فيها بين الأئمة فروع لهذه القاعدة وإذا فإن فروعها غير محصورة ومنتشرة في جميع أبواب الفقه. وإذا كانت هذه القاعدة لم يذكر لها

---

(١) راجع: سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية، وأحكام القصاص المترتبة عليها، (ص١٩٤)، للدكتور/ محمد يسري – دار طيبة الخضراء – مكة المكرمة.

(٢) القضاء في الإسلام تاريخه ونظامه (ص٢٤٦).

فروع فإن لها مستثنيات فقد قال الإمام السيوطي: ويستثنى صور ينكر فيها المختلف فيه ومنها:

المسألة الأولى:

أن يكون المذهب بعيد المأخذ بأن تكون دلالة الدليل على المذهب دلالة بعيدة بحيث لو حكم القاضي ورفع الأمر في هذا الحكم إلى قاضٍ آخر فلا يتردد في نقضه، فحينئذ يجوز الإنكار وأقرب مثال على ذلك شرب النبيذ وهو ما يتخذ من عصير العنب أو عصير التمر أو عصير غيرهما ويترك حتى يتخمر(١).

فالحنفية: يجيزون القليل من النبيذ بخلاف الخمر فإنها حرام لعينها والقليل والكثير في الحكم سواء.

أما النبيذ فلا بأس بشرب القليل منه عندهم وإنما يحرم منه ما يعقبه ما السكر وهو القدح الأخير قال ابن عباس رضي الله عنهما الكأس المسكرة هي الحرام دون ما عداها(٢).

وأما الشافعية: فيمنعون القليل كما يمنعون الكثير فما أسكر كثيره فقليله حرام لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ أتاه قوم فقالوا: يا رسول الله إنا ننبذ النبيذ فنشربه على غدائنا وعشائنا. فقال: «لا

---

(١) المعجم الوجيز (ص٥٩٥).

(٢) المبسوط لشمس الإمام السرخسي المجلد الثاني عشر (ص٩).

تشربوه فكل مسكر حرام». فقالوا يا رسول الله: إننا نكسره بالماء فقال: «**حرام قليل ما أسكر كثيره**»[١] وعن سعد بن أبي وقاص: أن النبي ﷺ نهى عن قليل ما أسكر كثيره[٢].

وإنما حرم القليل وإن كان لا يسكر حسما لمادة الفساد كما حرم تقبيل الأجنبية والخلوة بها لإفضائه إلى المحرم وسواء المتفق على تحريمه والمختلف فيه، وسواء جامده ومائعه ومطبوخه ونيؤه، وسواء تناوله معتقدا تحريمه أو إباحته على المذهب[٣] لضعف أدلة الإباحة.

فلو قضى الحنفي بجواز شرب النبيذ جاز للقاضي الشافعي أن ينكر عليه ما قضى به لأنه مخالف للنص والإجماع والقياس، ولا يلتفت إلى قول من حكى عنه إباحته فقد قام الإجماع على أن قليل الخمر وكثيره حرام وثبت قوله ﷺ: «**كل مسكر خمر وكل خمر حرام**» ومن استحل ما هو حرام كفر بالإجماع[٤].

وإذا عرفنا ذلك فإن شرب قليل النبيذ وكثيره حرام لمخالفته للقرآن والقياس ولسد الذرائع. أما مخالفته للقرآن فإن الله تعالى يقول: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ

---

(١) نيل الأوطار (٧/ ٢٠٢).

(٢) رواة النسائي والدار القطني يراجع: نيل الأوطار (٧/ ٢٠٢).

(٣) معنى المحتاج (٣/ ١٨٧).

(٤) نيل الأوطار (٧/ ٣١٥).

عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ﴾ فالآية مطلقة ولم تفرق في تحريم الخمر بين القليل والكثير فمن قال بإباحة القليل منه فإن مأخذه ضعيف يرده النظر والخبر.

فإن قيل: إن النبيذ ليس بخمر فنرد عليه بأن النبيذ خمر بإطلاق اللغة لأن الخمر هو ما خامر العقل. لأنها تخالطه وهذا مأخوذ من المخامرة وهي المخالطة، فلما كانت تستر العقل وتغطيه سميت بذلك[1] فالخمر كل مسكر خامر العقل وغطاه من أي نوع كان. وهذا النص الذي بين أيدينا كان أول خطوة من خطوات التحريم. فالأشياء والأعمال قد لا تكون شراً خالصاً. فالخير يتلبس بالشر، والشر يتلبس بالخير في هذه الأرض ولكن مدار الحل والحرمة هو غلبة الخير أو غلبة الشر.

فإذا كان الإثم في الخمر والميسر أكبر من النفع فتلك علة تحريم ومنع. وإن لم يصرح القرآن هنا بالتحريم والمنع. وهنا يبدو لنا طرف من منهج التربية في القرآن الكريم فالقرآن الكريم هو المنهج الرباني الحكيم الذي يمكن استقراؤه في الكثير من شرائعه وفرائضه وتوجيهاته ونحن نشير بذلك إلى قاعدة من قواعد هذا المنهج بمناسبة الحديث عن الخمر والميسر فنقول في توضيح هذا المنهج إنه عندما يتعلق الأمر أو النهي بقاعدة من القواعد المتعلقة بمسألة من مسائل الإيمان والعقيدة فإن الإسلام يقضي في المسائل الاعتقادية

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي (٣/ ١٥١)، الطبعة الثالثة.

قضاء حاسماً منذ اللحظة الأولى. ولكن عندما يتعلق الأمر أو النهي بعادة وتقليد أو بوضع اجتماعي معقد فإن الإسلام يتريث به ويأخذ المسألة باليسر والرفق والتدريج، ويهيئ الظروف الواقعية التي تيسر التنفيذ والطاعة.

فالمسائل الاعتقادية المتعلقة بالتوحيد والشرك يحسمها الإسلام منذ اللحظة الأولى في ضربة حازمة جازمة لا تردد فيها ولا مجاملة ولا مساومة ولا لقاء في منتصف الطريق لأن المسألة هنا مسألة قاعدة أساسية لا يصلح بدونها إيمان ولا يقام إسلام.

فأما في الخمر والميسر فقد كان الأمر أمر عادة وإلف والعادة تحتاج إلى علاج فكان التحريم فيها على التدريج حتى تتهيأ النفوس لتلقي الحكم النهائي فإذا تهيأت جاء النهي الجازم الآخذ بتحريم الخمر والميسر مقروناً بعلة التحريم فنزل قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ۝٩٠﴾ [سورة المائدة الآية ٩٠]،

فإن قيل: إن النبيذ ليس بخمر فيرد عليه: بأنها خمر بإطلاق اللغة لأن الخمر هو ما خامر العقل، لأنها تخالطه، من المخامرة وهي المخالطة، فلما كانت الخمر تستر العقل وتغطيه سميت بذلك[1]. وأما مخالفته للقياس فلأن كل مادة تحققت فيها العلة ثبت فيها التحريم ولا مدخل لأصل المادة فالعلة هي الإسكار وهي موجودة في الأنبذة فعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: « كل

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي (٣/ ١٥١)، الطبعة لثالثة.

مسكر خمر وكل مسكر حرام»[١].

وكذلك: ينكر على الحنفية إباحة النبيذ سداً لذريعة الفساد، وسد الذريعة مبدأ معمول به في الشريعة الإسلامية وفيه جاء قوله ﷺ: «**فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه**»[٢].

ولهذا يحد الحنفي بشرب النبيذ لو رفع أمره إلى قاضٍ غير حنفي بأن كان مالكيًا أو شافعيًا أو حنبليًا فيجب أن يقيم عليه الحد؛ لأنه لا يجوز للحاكم أن يحكم بغير ما يعتقد صحته أو بغير مذهبه إن كان مذهب غيره ضعيفاً.

بل لو كان القاضي حنفيًا وحكم في النبيذ بعدم الحد نقض حكمه أيضا. لأنه مخالف للنص في قوله ﷺ: «**ما أسكر كثيره فقليله حرام**» ومخالف للقياس على الخمر بأن الكل مسكر، ومخالف للمقاصد الشرعية الكلية ومنها: حفظ العقل.

وعلى هذا فقد استثنوا هذه الصورة من القاعدة: لا ينكر المختلف فيه وإنما ينكر المجمع عليه. لأن الخلاف فيها لا يعتد به لأنه ضعيف المأخذ فأصبح الكل مجمعًا عليه سداً للذريعة[٣]. وكان مقتضى القاعدة: لا ينكر

---

(١) رواه الجماعة إلا البخاري وأبن ماجة أنظر: نيل الأوطار (٧/ ١٩٥).

(٢) رواه البخاري ومسلم. أنظر: الحلال والحرام والشبهات كنوز السنة لمحمد فؤاد عبد الباقي (ص١٥٦).

(٣) محاضرات في قواعد الفقه لطلبة الدراسات العليا في كلية الشريعة والقانون.

شرب النبيذ، لأنه مختلف فيه ولكنه أنكر للأدلة السابقة.

حكم شهادة شارب النبيذ:

في قبول شهادة شارب النبيذ يقول الشافعية بإقامة الحد عليه إذا شرب النبيذ وتقبل شهادته وقال المالكية: يقام عليه ولا تقبل شهادته لأنه فاسق، والفاسق ترد شهادته ولا تقبل.

ومن المسائل التي خرجت عن القاعدة وهي ما ينكر على الحنفية قضاؤهم بقتل المسلم بالذمي، فيجوز لغير القاضي الحنفي إذا رفع إليه هذا الحكم بقتل المسلم بالذمي أن ينقضه لأن مأخذ الحنفية في هذا الحكم ضعيف وذلك لأن من شروط القصاص المساواة بين القاتل والمقتول ولا حجة في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٤٥﴾﴾

[سورة المائدة الآية ٤٥].

فقد صرح أهل الأصول بأن هذا العموم مخصص بأحاديث الرسول ﷺ ومنها قوله ﷺ: «**لا يقتل مسلم بكافر**»[1] وما روى أنه قتل مسلماً بمعاهد وقال: «**أنا أكرم من وفى بذمته**» فهو مرسل من حديث عبد الرحمن البيلماني وهو ضعيف لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث فكيف إذا أرسله؟[2].

---

(١) نيل الأوطار (٧/ ١٢).

(٢) المرجع السابق.

وهنا نقول كلمة في عقوبة القصاص في الإسلام فهذه العقوبة تقوم على مبدأ المساواة في الدماء فنقتص للنفس بالنفس ونقتص للجوارح بمثلها على اختلاف المقامات والطبقات والدماء والأجناس النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجوارح قصاص فلا تمييز ولا عنصرية ولا طبقية ولا حاكم ولا محكوم كلهم سواء أمام شريعة الله فكلهم من نفس واحدة في خلقة الله.

والقصاص على هذا الأساس العظيم فوق ما يحمله من إعلان لميلاد الإنسان الذي يتمتع بالمساواة فهو العقاب الرادع الذي يجعل من يتجه إلى الاعتداء على النفس بالقتل أو الاعتداء عليها بالجرح والكسر يفكر مرات ومرات قبل أن يقدم على ما حدثته نفسه وما زينه له اندفاعه وهو يعلم أنه مأخوذ بالقتل إن قتل دون نظر إلى نسبه أو مركزه أو طبقته أو جنسه وأنه مأخوذ بمثل ما أحدث من الإصابة إذا قطع يداً أو رجلاً قطعت يده أو رجله وإذا أتلف عيناً أو أذناً أو أنفاً أو سناً أتلف من جسمه ما يقابل العضو الذي أتلف وليس الأمر كذلك حين يعلم أن جزاءه هو السجن طالت مدة السجن أو قصرت فالألم في البدن والنقص في الكيان والتشويه في الخلقة شيء آخر غير آلام السجن.

والقصاص على هذا النحو هو القضاء العادل الذي تستريح إليه الفطرة وتسعد به الإنسانية والذي إذا طبق تذهب حزازات النفوس وجراحات

القلوب وتسكن به فورات الثأر الجامحة التي يقودها الغضب الأعمى وحمية الجاهلية وقد يقبل بعضهم الدية في القتل والتعويض في الجراحات ولكن بعض النفوس لا يشفيها إلا القصاص[1] ولذلك قال الله تعالى مرغباً في العفو عن القصاص: «**فمن تصدق به فهو كفارة له**» سواء كان هو ولي الدم في حالة القتل أو كان المجني عليه في حالة الجناية على الأعضاء.

والصدقة تكون بأخذ الدية مكان القصاص أو بالتنازل عن الدم والدية معاً وهذا من حق الولي إذ العقوبة والعفو متروك له ويبقى للإمام حق تعزير القاتل بما يراه. وكثيرًا ما تستجيب هذه الدعوة إلى السماحة والعفو وتعليق القلب بعفو الله ومغفرته فإن كثيرًا من النفوس لا يغنيها العوض المالي ولا يسليها القصاص ذاته عمن فقدت أو عما فقدت فماذا يعود على ولي المقتول من قتل القاتل؟ أو ماذا يعوضه من مال عمن فقد؟ إن غاية ما يستطاع في الأرض لإقامة العدل وتأمين الجماعة هو القصاص ومع هذا فإنه تبقى في النفس بقية لا يمسح عليها ولا يسليها إلا تعليق القلوب بالعوض الذي يجيء من عند الله فقد روى الإمام أحمد قال: حدثنا وكيع، حدثنا يونس بن أبى إسحاق عن أبى السفر قال: كسر رجل من قريش سن رجل من الأنصار فأستعدى عليه معاوية فقال معاوية: سنرضيه.. فألح الأنصاري فقال: «معاوية.. شأنك بصاحبك! وأبو الدرداء جالس فقال أبو الدرداء: سمعت رسول ﷺ يقول:

(١) يرجع: في ظلال القرآن (٢/ ٨٩٨)، وما بعدها.

«ما من مسلم يصاب بشيء من جسده فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة أو حط به عنه خطيئة» قال الأنصاري: إني قد عفوت، فلما سمع الأنصاري ما سمع عن رسول الله ﷺ طابت نفسه ورضيت واستراحت وعفا عن الجاني بما لم ترض من مال معاوية الذي لوح له به للتعويض وهذا ما كان موجوداً في شريعة التوراة التي صارت طرفاً من شريعة القرآن.

فإذا عرفنا ذلك وعلمنا أن قضاء الحنفي بقتل المسلم بالذمي يجوز نقضه لأن مأخذ الحنفية في هذا الحكم ضعيف وذلك لأن من شروط القصاص المساواة بين القاتل والمقتول والله تعالى لم يساو بينهما فقال تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ۝﴾ [سورة السجدة الآية ١٨].

وننتقل إلى مسألة أخرى وصورة جديدة من الصور المستثناة التي خرجت على القاعدة وأخذت حكماً مخالفاً لحكم القاعدة وهذه المسألة أن يكون للمنكر حق على المنكر عليه مثل الزوج بالنسبة لزوجته فللزوج الحق في تأديب زوجته لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ۝﴾ [سورة النساء الآية ٣٤]. فلو كانت الزوجة حنفية تعتقد إباحة النبيذ والزوج يعتقد عدم إباحته لكونه شافعي المذهب فمن حق الزوج إن ينكر على زوجته شرب النبيذ لأن له حقاً في أن ينشئ أولاده على حب الفضيلة والبعد عن الرذيلة والأخلاق الفاسدة وأن يهيئ البيت لتربية الأسرة كلها تربية صالحة فإن من شب على شيئ شاب عليه.

فقد قالوا:

وينشأ ناشئ الفتيان منا   على ما كان عوده أبوه

فكان للزوج حق الإنكار على زوجته ومنعها من شرب النبيذ وكان مقتضى القاعدة عدم الإنكار عليها، لكن العلماء قالوا: له حق الإنكار.

وعليه فتكون هذه المسألة خارجةً عن القاعدة ومستثناة منها.

ويدخل في ذلك شرب الدخان فالأصل في حكمه أنه مختلف فيه بين الحل والحرمة فقال بعضهم بالكراهة وقال بعضهم بالتحريم وعليه فإذا كانت الزوجة تدخن فللزوج الإنكار عليها ومنعها منه وإن كان شرب الدخان محل خلاف، لأن من مصلحة الزوج أن لا تكون زوجته مدخنة.

ومن ذلك أيضا: أكل الثوم والبصل وكل أمر ينقص من حق الزوج في استمتاعه بزوجته يكون من حقه منعها منه لعظم حقه عليها وعلى الزوجة أن تطيعه فيما لا معصية فيه.

قال السيوطي رحمه الله تعالى: كذلك الذمية له منعها على الصحيح عند الشافعية من شرب النبيذ وإن كان حلالا عند أهل الذمة. لأنه تعارض مع حقه في الاستمتاع بها وخوفه على أولاده من أن يتعلموا شرب المسكرات وإدمان المكيفات وفي ذلك مفسدة عظيمة ويترتب على ذلك مفاسد جمة.

ومقابل الأصح وهو الصحيح يقول: ليس له أن ينكر على زوجته شرب النبيذ والدخان وجميع المسكرات ذمية كانت أو حنفية بأن كانت تعتقد حل شرب ذلك وإذا فلا فرق بين الذمية والحنفية في هذا الأمر.

قاعدة: الحدود تسقط بالشبهات[1]

معاني المفردات:

الحد في اللغة: المنع وسميت العقوبات حدودًا لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها[2].

واصطلاحًا: عقوبة مقدرة شرعًا وجبت حقًا لله تعالى لتمنع من الوقوع في مثلها[3].

والشبهة في اللغة: معناها الالتباس وعدم التميز. ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُتُواْ بِهِۦ مُتَشَٰبِهًا﴾ [البقرة: ٢٥]، أي يشبه بعضه بعضًا لونًا لا طعمًا وحقيقة[4].

والشبهة عند الفقهاء: ما التبس أمره فلا يُدْرَى أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل[5].

وسميت شبهة لأنها تشبه الحق، والجمع شبه وشبهات. قال تعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَٰكِن شُبِّهَ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٥٧]، أي مثل لهم من حسبوه إياه[6].

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (ص١٣٦).

(٢) القاموس المحيط (١/ ٢٨٤)، باب الدال، فصل الحاء، ونيل الأوطار (٧/ ٩٨).

(٣) الروض المربع وحاشيته، للعنقري (٣/ ٣٠٥)، والأحكام السلطانية، للماوردي (ص٣٢١)، وكشاف القناع، للبهوتي (٤/ ٤٧).

(٤) المفردات: ٢٥٤.

(٥) القاموس الفقهي، لسعدي أبو حبيب، المعجم الوسيط (١/ ٤٧١)، وفتح الباري (٤/ ٣٤١).

(٦) المفردات في غريب القرآن، (ص٢٥٤).

وفي نفس المعنى ورد الحديث عن النبي ﷺ: «الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما أمور مشتبهة، فمن ترك ما شبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أَوْشَكَ أن يواقع ما استبان».

أدلة اعتبار القاعدة

أولًا: أدلة السنة

١- فقد أخرج الترمذي في سننه وغيره عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: **«ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»**[(١)].

٢- ما أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل من بني فزارة إلى النبي ﷺ فقال: إن امرأتي ولدت غلامًا أسود، فقال النبي ﷺ: **«هل لك من إبل؟»**، قال: نعم، قال: **«وما ألوانها؟»**، قال: حمر، قال: **«هل فيها من أورق؟»**[(٢)]، قال: إن فيها لورقًا، قال: **«فأنى أتاها ذلك؟»**، قال: عسى أن يكون نزعه عرق[(٣)]، قال ﷺ: **«وهذا عسى أن يكون نزعه عرق»**[(٤)].

---

(١) الحديث أخرجه الترمذي في سننه (٤/ ٢٥)، طبع دار الكتب العلمية، أولى، سنة ١٤٠٨هـ، ١٩٨٧م، في كتاب الحدود، باب ما جاء في درأ الحدود، حديث رقم ١٤٢٤.

(٢) الأوراق: هو الذي فيه سواد ليس بصاف.

(٣) المراد بالعرق هنا: الأصل من النسب ومعنى نزعه عرق: أي اجتذبه إليه وأظهر لونه عليه.

(٤) الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة، صحيح البخاري (٦/ ١٧٨)، باب إذا عرض بنفي الولد، مسلم بشرح النووي (٣/ ٧٢٥).

ثانيًا: أدلة الآثار:

١- والآثار عن الصحابة كثيرة تدل على أن درأ الحد بالشبهة عندهم ثابت عن رسول الله ﷺ فذكر الحافظ ابن حجر في المطالب العالية، قال أبو مطر: رأيت عليًا أُتِيَ برجل، قالوا: إنه قد سرق جملاً، فلما جاء فقال: ما أراك سرقت! قال: بلى، قال: فلعله شبه لك ؟ قال: بلى قد سرقت، قال: اذهب به يا قنبر، فشد إصبعه وأوقد النار وادع الجزار ليقطع، ثم انتظر حتى أجيء، فلما جاء قال له: أسرقت ؟ قال: لا، فتركه، قالوا: يا أمير المؤمنين، لم تركته وقد أقر لك ؟ قال: آخذه بقوله، وأتركه بقوله[1].

٢- وفي مصنف عبد الرزاق عن ابن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن ابن المسيب، قال: ذكروا الزنا بالشام، فقال رجل: زنيت، قيل: ما تقول، قال: أو حرمه الله ؟ ثم قال: ما علمت أن الله حرمه؟! فكتب إلى عمر بن الخطاب، فكتب: إن كان علم أن الله حرمه فخذوه، وإن كان لم يعلم فعلموه، وإن عاد فخذوه[2].

وفائدة تعدد الأحاديث والآثار في هذا الباب بعد أن ثبت أن بعضها موقوف وبعضها مرفوع أنها يقوي بعضها بعضًا في الإسناد.

ثالثًا: أقوال الفقهاء:

المتتبع لأقوال الفقهاء يجد أن جماهيرهم يذهبون إلى درء الحد بالشبهة. قال

---

(١) المطالب العالية (٢/ ١١٩).

(٢) مصنف عبد الرزاق ٧، (ص٤٠٥)، رقم١٣٦٤٣، وانظر: سنن البيهقي (٨/ ٢٣٦).

بدر الدين الزركشي: الشبهة مسقطة للحد، وهي:

١- **شبهة الفاعل**: كمن وطئ امرأة وظنها زوجته.

٢- **شبهة المحل في الموطوءة**: بأن يكون للواطئ فيها حق.

٣- شبهة العقد.

٤- **شبهة الطريق**: بأن يكون حلالاً عند قوم حرامًا عند آخرين كنكاح المتعة والنكاح بلا ولي[1].

أنواع الشُّبَه:

النوع الأول: شبهة الفاعل:

وأهم الشبه التي ترجع إلى الفاعل ما ذكره الفقهاء فقالوا: كمن يجد امرأة أجنبية نائمة في فراشه فيظنها زوجته فيأتيها، ثم يتبين أنها ليست بزوجته. أو كمن تزف إليه امرأة على أنها زوجته فيدخل بها ثم يظهر أنها ليست بزوجته بل امرأة أجنبية عنه، أو زوج كفيف ينادي على زوجته فجاءته أخرى فيغشاها ظانًا أنها زوجته. ففي تلك الحالات وما يشابهها لا حد عليه ولا تعزير لأنه فعل يعتقد إباحته بما يعذر بمثله، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، وهذا إذا لم يكن مقصرًا في معرفة من وطئها، أما لو قصر في معرفتها فإنه يعزر.

فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده، بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرمًا[2].

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي (٢/ ٢٢٥)، بتحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود.

(٢) روضة الطالبين (١٠/ ٩٢).

بخلاف ما لو كان يعلم أنه يأتي فعلاً محرمًا، فلا شبهة له ويقام عليه الحد، كمن يريد أن يطأ امرأة أجنبية فيطأ غيرها. فإن الحد يقام عليه لأنه لا يعذر لهذا، فأشبه ما لو قتل رجلاً يظنه ابنه، وفي هذا يقول الشيرازي: وإن وجد امرأة في فراشه فظنها زوجته فوطئها فلم يلزمه الحد، لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة[1].

وسميت شبهة فاعل لأنها ترجع إلى الواطئ نفسه حيث يغلب على ظنه أما ما قام به الواطئ فإنه وقع في محله، حيث اشتبهت عليه الموطوءة، والأحناف يسمون مثل هذا النوع من الوطء المباح.

النوع الثاني: شبهة المحل:

وأهم الشبهات التي ترجع إلى المحل، أن تكون هذه الشبهة في الموطوءة ذاتها من حيث الحل والحرمة، وذلك كمن يطأ زوجته وهي حائض أو يطؤها في دبرها فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم، لأن المحل مملوك له، ومن حقه مباشرة زوجته إلا أنه في الدبر أو في القبل أثناء الحيض، ومن ثم لا يقام عليه الحد، سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد أو الظن وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعًا عليه.

النوع الثالث: شبهة العقد:

وهذه الشبهة تتحقق بأن توجد صورة العقد في الزواج ولو كانت المرأة حرامًا على الزوج حرمة ثابتة بالإجماع فإذا وجد العقد فصورته تكون شبهة مسقطة للحد،

---

(١) حاشية البجيرمي (٤/ ١٥٣).

ولو كان التحريم على التأبيد، لأن صدور العقد من أهله إن لم يكن مثبتًا للحل فهو مثبت للشبهة المسقطة للحد وذلك يتحقق بوجود صورة العقد، إلا أن في هذا المحل خلافًا بين الفقهاء.

فقال الجمهور: مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد إن مجرد العقد من الرجل على المرأة التي لا يحل له نكاحها لا يعتبر شبهة تدرأ الحد، بل الحد واجب ما دام يعلم التحريم[1].

وقال أبو حنيفة والثوري وزفر: إن مجرد العقد على المرأة وإن كانت لا تحل له بحال يعتبر شبهة تدرأ الحد، وإن قال: علمت أنها عليَّ حرام[2].

مدار الخلاف في شبهة العقد:

مدار الخلاف عند الفقهاء في وجوب الحد أم عدم وجوبه على من عقد على امرأة لا تحل له ثم دخل بها ناتج من أن هذا العقد يوجب شبهة أو لا ؟

فعند الجمهور: لا يوجب شبهة لأن الوطء في هذه الحالة وطء في فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك، والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد[3].

فيكون فعله هذا زنا حقيقة لعدم الملك والحق، وإليه الإشارة بقوله تعالى:

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٤٣٤)، مغني المحتاج (٤/ ١٤٦)، فتح القدير (٤/ ١٤٧)، المغني، لابن قدامة (٨/ ١٨٢، ١٨٣).

(٢) العناية مع فتح القدير (٤/ ١٤٧).

(٣) المغني، لابن قدامة (٨/ ١٨٢)، وفتح القدير (٤/ ١٤٩).

﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾﴾ [النساء: ٢٢].

وعند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر: نعم يوجب شبهة، لقوله ﷺ: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها**»[(١)]، فمع الحكم بطلان النكاح أسقط الحد به، وهذا دليل على أن صورة العقد مسقطة للحد وإن كان باطلاً شرعًا[(٢)].

النوع الرابع: شبهة الطريق:

المراد بالطريق: المذهب، وهي كل جهة صححها بعض العلماء الذين يعتد برأيهم، وأباح الوطء بها، بينما حرمها الآخرون، وهي تكون في الوطء نفسه بأن يقع حلالاً عند قوم حرامًا عند آخرين، ويقيم كل فريق منهم الدليل على صحة دعواه فتنشأ الشبهة من هذا التعارض.

قال النووي: وأما الشبهة في الجهة، فقال الأصحاب: كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها، لا حل فيها على المذهب، وإن كان الواطئ يعتقد التحريم، وذلك كالوطء في النكاح بلا ولي، وبلا شهود، ونكاح المتعة[(٣)]، والتداوي بالحرام، فهي محل نظر بين العلماء وتوضيحها كالآتي:

---

(١) أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم، سنن الترمذي (٣/ ٤٠٨).

(٢) المبسوط (٩/ ٨٥).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٣١٢)، دار الكتب العلمية.

المسألة الأولى: النكاح بلا ولي:

اتفق العلماء على أن عقد النكاح على المرأة الرشيدة صحيح نافذ إذا رضيت به وباشره وليها الشرعي.

واختلفوا فيما إذا باشرته هي بنفسها أو وكلت امرأة غيرها في مباشرته، أو رجلاً غير وليها الشرعي.

فذهب جمهور الفقهاء: مالك والشافعي وأحمد والظاهرية وأكثر العلماء إلى أن عقد الزواج باطل لا ينعقد مطلقًا سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، وسواء أذن لها الولي أو لم يأذن، وسواء كان الزوج كفؤًا أو غير كفء.

واستدلوا على ذلك بالقرآن والسنة والمعقول:

١- **أما القرآن فمنه قوله تعالى:** ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

والمعنى في هذه الآية: أنه إذا طلق الأزواج زوجاتهم فانقضت عدتهن فلا يمنعهن أولياؤهن عن الرجوع إلى أزواجهن بعقد جديد إذا أحب كل من الزوجين الرجوع إلى صاحبه فدل ذلك على أن عقد النكاح بيد الولي لا بيد المرأة وإلا لعقدت لنفسها ولم يكن ثمة حاجة إلى نهي الولي عن منعها.

٢- واستدلوا من السنة بما أخرجه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبي موسى أن النبي ﷺ قال: «**لا نكاح إلا بولي**»، وقد صححه ابن حبان والحاكم ورواه أبو يعلي الموصلي عن جابر بإسناد رجاله ثقات[1].

---

(١) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من حديث سيد الأخيار، للإمام الشوكاني (٦/ ١٣٥).

ووجه الاستدلال به أن نفي النكاح بدون الولي معناه نفي صحته إذ هي أقرب شيء إلى نفي الحقيقة. فدل الحديث على أن الولي لابد منه في صحة النكاح ووجود حقيقته الشرعية ويلزم منه أن عقد المرأة باطل لانتفاء الولي حينئذ[1].

ويؤيد هذا ما رواه البيهقي وغيره بسنده إلى عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، وإن أصابها فلها الصداق بما استحل من فرجها**»[2] حيث صرح فيه بالبطلان.

٣- والعقل يؤيد ذلك: فإن النكاح له مقاصد شتى كما أنه رباط بين الأسر، والمرأة كثيرًا ما تخضع لحكم العاطفة التي قد تغطي وجه المصلحة، فلذلك سلبها الشارع الولاية في عقد النكاح لخطره وجعلها بيد الرجل لتحصل المصلحة على الوجه الأكمل.

وذهب أبو حنيفة في ظاهر الرواية وزفر إلى أن عقد الزواج صحيح مطلقًا إلا أن للولي حق الاعتراض عليها في الزواج بغير الكفء ما لم يظهر حملها منه[3].

واستدلوا لذلك بالقرآن والسنة والمعقول:

١ - استدلوا بآيات من القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن

(١) المغني (٧/ ٧)، نهاية المحتاج (٦/ ٢٢٤)، المحلى (١١/ ٣٤).

(٢) رواه ابن ماجه (١/ ٦٠٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١١٠).

(٣) البدائع (٣/ ١٣٦٤)، البحر الرائق (٣/ ١٣٩).

يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

ووجه الاستدلال أنه قد جاء التصريح في هاتين الآيتين بإسناد النكاح إلى المرأة، والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي فدل هذا على أن عقد النكاح الذي يصدر عن المرأة يعتبر صحيحًا تترتب عليه آثاره من غير توقف على إذن الولي أو مباشرته إياه[1].

٢- استدلوا من السنة بما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**»، وفي رواية أبي داود والنسائي: «**ليس للولي مع الثيب أمر**»[2].

ووجه الاستدلال أن الحديث جعل الحق للثيب في نفسها ونفى أن يكون لوليها أمر فيما يتعلق بنكاحها وهو عام لأنه نكرة في سياق النفي فيشمل ما يتعلق باختيار الزوج وما يتعلق بمباشرة العقد غير أن البكر نظرًا لغلبة الحياء عليها اكتفي منها في الدلالة على رضاها بالسكوت لأن حياءها قد يمنعها من التصريح، وإذا فالرضا من المرأة لابد منه سواء أكانت بكرًا أم ثيبًا، وإذا كان رضاها شرطًا في صحة عقد النكاح فكيف يعقل أن يعتبر الشارع رضا شخص شرطًا في صحة التصرف عنه ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا باشره الشخص بنفسه، بل المعقول أن يكون حينئذ أولى بالصحة، فإذا عقدت المرأة على كفء فقد تحققت مقاصد النكاح وليس للولي

---

(١) البدائع (٣/ ١٣٦٧).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي (٤/ ١٤١)، سنن أبي داود (٣/ ٥٧٧).

حق الاعتراض عليها وإن عقدت على غير كفء كان للولي حق الاعتراض عليها مراعاة لما قد يلحقه من الضرر، فإن أجاز فقد تنازل عن حقه وصار العقد صحيحًا نافذًا لأن مدار صحة العقود على تحقق أهلية العاقد وهي تعتمد الرشد.

٣- وأما المعقول: فإن عقد الزواج له مقاصد أصلية وأخرى تبعية، فالأصلية تختص بالمرأة كالمعاشرة والنفقة ونحوهما، والتبعية أن يعطى حق الاعتراض على العقد إن لم يكن مظنة لتحقق فوائده.

والراجح ما يراه الجمهور فإنه مما لا شك فيه أن عقد النكاح ذو شأن كبير، وقد أولاه الشارع الحكيم رعاية تليق بخطره وعناية تناسب قدره فإن عليه عماد بناء الأسرة، وترابط أفراد المجتمع وقد حاطه بأمور تخصه، فأوجب فيه الإشهاد وأمر بإظهاره وإعلانه والسرور به، واستحب الاجتماع له واحتفال الطرفين به بإحضار ذوي الشرف والمروءة، وأوجب على من دعي إليه أن يجيب.

وهذا كله يشعرنا بحرص الشارع على إظهار الفرق بينه وبين الزنا وإبعاد الشبهة عنه بأبلغ الوجوه وأكثرها. ثم هو قد سلب المرأة حق التسلط على عصمتها في الدوام والإنهاء، فلا عجب أن يسلبها حق ابتدائها وإنشائها ويوجب على الولي مباشرة العقد بنفسه تسجيلاً لرضاه به والتزامه المحافظة على حقوقه قطعًا لخط الرجعة عليه لئلا يتنكر له في المستقبل، وهذا ما نراه أحوط لجانب المرأة وأحفظ لكيان عقد النكاح وأحرى أن يكون سببًا في دوامه واستقراره، وأجلب للمحبة بين الأسر وسائر أفراد المجتمع وأقرب إلى محاسن الأخلاق.

وعلى هذا فإنه إذا وقع النكاح بدون ولي كان باطلاً والاستمتاع محرمًا إلا أنه لا يوجب حدًا على من فعل ذلك لوجود العقد الذي يورث شبهة في طريق الحل.

المسألة الثانية: النكاح بلا شهود:

الأصل عند الجمهور عدم اشتراط الشهادة على أي عقد من العقود وإن كان الشارع قد حث عليها على سبيل الندب والاستحباب أما عقد النكاح فقد وقع فيه الخلاف في أصل الشهادة هل هي شرط فيه أو لا ؟

وإذا كانت شرطًا فهل هي شرط لصحة العقد أو لتمامه؟ وهل يقوم مقامها الإعلان أو لا؟

والمشهور في ذلك مذهبان:

الأول: أن الشهادة شرط لصحة العقد، فإذا وقع الإشهاد على العقد كان صحيحًا لازمًا، وإذا خلا العقد من الشهادة لا يكون صحيحًا.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: ومنهم الشافعية والحنفية والحنابلة والزيدية، وهو ما عليه العمل عند أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم[1].

واستدلوا لذلك بالسنة والمعقول:

١- استدلوا بما أخرجه أحمد بن حنبل، عن عمران بن حصين، عن النبي ﷺ

---

(١) نهاية المحتاج (٦/ ٢١٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٨)، المغني (٧/ ٨)، البحر الزخار (٣/ ٢٧)، التاج المذهب (٢/ ٣١)، نيل الأوطار (٦/ ١٣٥).

قال: «**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**».

ووجه الدلالة أن نفي النكاح عند عدم الإشهاد يقتضي عدم صحته فإن نفي الصحة أقرب شيء إلى نفي الحقيقة. ثم إن رواية السيدة عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل**»، وقد صححها ابن حبان وهي صريحة في البطلان.

٢- والمعقول يؤيد ذلك: فإن عقد النكاح له شأن عظيم في الإسلام لتعلقه بالبضع، وهو من الأمور الخطيرة ويترتب عليه من الحقوق والمصالح الدينية والدنيوية ما يقتضي إظهاره وشيوعه بين الناس عن طريق الشهادة -حتى يكون الزوجان في مأمن من جحود النكاح وإنكاره وفي هذا دفع لتهمة الزنا بين الزوجين وإخراس ألسنة قالات السوء بشأن العلاقة بينهما، وإثبات لحق الولد من النسب حتى لا يجحده أبوه فيضيع نسبه، وتمييز الحلال عن الحرام حتى لا يستتر أصحاب النفوس الدنيئة عند اتيان جريمة الزنا بادعاء النكاح، ولا يتحقق هذا كله إلا بإظهار النكاح واشتهاره ولا يشتهر إلا بقول الشهود.

لهذا كان من المستحب إحضار جمع من الناس من أهل الصلاح لمشاهدة العقد كما يستحب إذاعة أمره بين الناس بضرب الدفوف وإقامة الولائم وما إلى ذلك[1].

---

(١) البدائع (٣/ ١٢٧٦، ١٢٧٧)، والمغني (٧/ ٩-٨٢)، ونهاية المحتاج (٦/ ٢١٧)، ونيل الأوطار (٦/ ١٩٩، ٢٠٠).

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية أن: الشهادة في عقد النكاح ليست بشرط لصحة العقد وإنما هي شرط لتمامه عند الدخول بالزوجة وهي مندوبة عند العقد، فإذا ما وقعت الشهادة في العقد تم الشرط والندب وإذا لم تتحقق الشهادة لا عند العقد ولا وقت الدخول كان العقد فاسدًا والدخول بالمرأة معصية ولكن يدرأ الحد بالشبهة، ونقل عن الإمام مالك أن الإعلان يقوم مقام الشهود[1].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور فإذا وقع عقد النكاح من غير الشهادة المعتبرة شرعًا كان عقدًا فاسدًا غير مبيح للاستمتاع وغيره من أحكام الزواج الصحيح ومع أن الاستمتاع في هذه الحال محرم ولكن لا حد فيه على المعتمد لوجود الشبهة في الدليل.

المسألة الثالثة: نكاح المتعة:

وهو أن يقول رجل لامرأة أتمتع بك يومًا أو أسبوعًا أو شهرًا أو سنة أو مدة إقامتي بهذا البلد مقابل كذا من المال فتقول: قبلت. وهذا النوع من الزواج ذهب السواد الأعظم من الفقهاء إلى القول ببطلانه وعدم انعقاده، وذهب الشيعة الإمامية إلى القول بإباحته ففيه شبهة الطريق وهي شبهة المذهب ومن ثم فلا يقام الحد على من نكح نكاح المتعة لأنه نكاح شبهة طريق فهو حلال عند الشيعة حرام عندنا.

وكذا: يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها وأربعة أنها عذراء لاحتمال صدق بينة الزنا وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا، ويسقط عنها الحد لشبهة الشهادة

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٧).

بالبكارة، ففي هذه الحالة لا يقام عليها الحد وذلك لوجود الشبهة.

فهناك شبهة احتمال صدق بينة الزنا فلا يحد من قذفها بالزنا، وكذلك وجود شبهة الشهادة بوجود البكارة فتدفع عنها حد الزنا ومع وجود الاحتمال لا يتأتى إقامة الحد.

وكذا: لا قطع بسرقة مال أصله وفرعه لشبهة استحقاق النفقة ولا قطع بسرقة ما ظنه ملكه أو ملك أبيه أو ابنه، فلو سرق مال أصله أو فرعه فلا قطع، لأن له شبهة وهي شبهة النفقة المستحقة له على الأصل أو الفرع، أو ظنه ملكه؟ أو ملك أبيه أو ابنه لأن الظن يعتبر شبهة تدرأ عنه حد السرقة.

ولكن كيف يسرق ما ظنه ملكه، في هذه الحالة تكون عنده غفلة، والغفلة شبهة والشبهة تدرأ الحد. والفرق بين الأولى والثانية: أن الأولى سرقة قطع أي قاطع أن مال كذا، والثانية: سرقة ظن.

المسألة الرابعة: التداوي بالخمر:

لا خلاف بين العلماء في أن التداوي مشروع لقوله ﷺ: «لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل»[1] فالمداوي في الحقيقة هو الله وأما تعاطي الدواء فهو من باب الأخذ بالأسباب التي قد تؤدي إلى الشفاء، فإذا أراد الله برأ بإذن الله تعالى وبتقديره، فالأدوية لا تنجع بذواتها، بل بما قدر الله فيها، وأن الدواء قد ينقل داء إذا قدر الله ذلك قال تعالى: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴿٨٠﴾﴾ [الشعراء: ٨٠]، فهل

(١) زاد المعاد (٤/ ١٤)، فتح الباري (١٠/ ١٤٢)، نيل الأوطار (٩/ ٩٠).

التداوي بالخمر مشروع؟ اختلف الفقهاء في ذلك.

١- فذهب الجمهور إلى القول بحرمة التداوي بالخمر وهو مذهب الحنفية والمعتمد عندهم، وبه قال المالكية وهو الصحيح عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة[1].

٢- وذهب قول في المذهب الحنفي في غير ظاهر الرواية، ومقابل الأصح عند الشافعية، وهو اختيار القاضي الطبري من الشافعية[2] إلى القول بجواز التداوي بالخمر بشروط ثلاثة:

الأول: أن تتعين علاجًا دون غيرها، وإلا ففي غيرها مندوحة عنها.

الثاني: أن تكون بمقدار قليل بحيث لا يسكر ولا يذهب العقل لئلا يتداوى من شيء فيقع في أشد منه.

الثالث: أن يصفه طبيب مسلم لأن غير المسلم لا تقبل شهادته فيما يتعلق بالأطباء.

أدلة الفريقين:

١- استدل الجمهور على عدم مشروعية التداوي بالخمر مطلقًا بأدلة:

أ- أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن

---

(١) البدائع (٥/ ١١٣)، منهاج الطالبين بهامش قليوبي وعميرة (٤/ ٢٠٣)، ومطالب أولي النهى (٦/ ٢١١).

(٢) مغني المحتاج (٤/ ١١٨)، نهاية المحتاج (٨/ ١٤).

يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء؟ فقال: «**إنه ليس بدواء ولكنه داء**»[1].

فقد صرح بأن الخمر ليست بدواء، وزاد الحديث فائدة أخرى تعد من دلائل النبوة وهي أن الخمر داء، وهذا يؤكد حرمة التداوي بها[2].

ب- ما أخرجه أبو داود عن أبي الدرداء ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «**إن الله عز وجل أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تداووا بحرام**»[3].

٢- واستدل القائلون بمشروعية التداوي بالخمر بالشروط التي اشترطوها بما أخرج البخاري عن أنس ﷺ أن ناسًا اجتووا المدينة أي تضرروا بالإقامة فيها فأصابهم داء في الجوف، فأمرهم النبي ﷺ أن يلحقوا براعيه يعني راعي إبل الصدقة وهي إبل الزكاة فيشربوا من ألبانها وأبوالها[4].

ووجه الدلالة أن التداوي بأبوال الإبل وهي محرمة كانت مما يستشفى بها في بعض العلل لذلك رخص لهم النبي في تناولها، ويقاس على ذلك الخمر.

والجواب: أن الخمر كما أثبت المتخصصون في علم الطب والدواء لا تتعين دواء البته فقد ثبت خطأ كل ما كان يتوهم فيها من منافع علاجية، بل اعتبر الأطباء الخمر سمًا زعافًا لا يجوز وصفها بحال[5]، وإذا لم تتعين الخمر دواء فلا يجوز

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٤/ ٤٤٦) باب تحريم التداوي بالخمر.

(٢) الأدواء التي تنتج عن شرب الخمر، للدكتور محمد الهواري.

(٣) سنن أبي داود (٤/ ٢٠٦، ٢٠٧).

(٤) متفق عليه، راجع: البخاري (١/ ٦٣، ٦٤)، كتاب الوضوء، باب أبوال الإبل والدواب.

(٥) آثار الخمر على الحياة الاجتماعية، للدكتور أحمد غلوش (ص٣٧)، والخمر بين الطب والفقه، (ص١٤-١٧).

تعاطيها.

والخلاف في مشروعية التداوي بالخمر وإن كان ضعيفًا إلا أنه يورث شبهة تدرأ الحد، فإذا شربها شخص للتداوي فلا يقام عليه الحد لشبهة الخلاف، إذ أن المتناول للخمر بقصد التداوي قد انتفى عنه القصد الجنائي، وهو ركن في هذه الجريمة، وإذا لم يتوافر يمتنع توقيع العقوبة.

ففي هذه الصورة اجتمع مانعان من إقامة الحد:

الأول: شبهة الدليل، ومراعاة الخلاف.

الثاني: انتفاء أحد ركني الجريمة وهو القصد الجنائي.

ومن ثم فلا يقام الحد لشبهة قصد التداوي[1].

وتفريعًا على ما تقدم يسقط القصاص بالشبهة، فكما أن الشبهة تسقط الحد فكذلك تسقط القصاص بجامع أن كلاً عقوبة مقدرة شرعًا، فلو أن شخصًا ضرب شخصًا ملفوفًا فَقَدَّه بالسيف وزعم أن ذلك الملفوف ميت وقال الولي إنه حي فالأظهر تصديق الولي لأن الأصل بقاء الحياة لكن تجب الدية دون القصاص للشبهة.

ومقابل الأصح: يصدق الزاعم الذي ضربه بالسيف لأن الأصل براءة الذمة، فيأخذ الدية ولا قصاص لأن زعمه أنه ميت شبهة تدرأ الحد عنه وهو القصاص[2].

---

(١) مغني المحتاج (٤/ ١٨٩).

(٢) مغني المحتاج (٤/ ١٩٢).

درء التعزير بالشبهة:

والشبهة إما أن تكون قوية وإما أن تكون ضعيفة، ومن ثم يختلف أثرها على العقوبة التعزيرية باختلاف مرتكبها من حيث القوة والضعف فإذا كانت الشبهة قوية فإنها تمحو وصف الجريمة، فلا يكون الفاعل قد ارتكب محرمًا، ويترتب على محو وصف الجريمة سقوط العقوبة سواء أكانت حدًا أم تعزيرًا، لأنه إذا زال وصف الجريمة فلا عقاب[(١)].

وعليه فإن الشبهات التي تتعلق بالدليل تدرأ عقوبة التعزير إذا كان الخلاف قويًا؛ لأنها من الشبهات القوية.

ومن ثم يمكن القول إن شبهة الدليل وكذا شبهة الملك عند البعض تمحو وصف الجريمة، وكذا الشبهة التي يكون منشؤها الجهل فإنها قوية وتمحو وصف الجريمة متى كانت هناك مظنة جهل قوية، كأن يكون المرتكب للمحرمات في غير دار الإسلام وقد أسلم فيه أو أن يكون مسلمًا ولكن في بادية يجهل المحرمات فشبهته قوية تدرأ عنه الحد والتعزير معًا[(٢)].

ومن الشبه القوية من أخذ خفية شيئًا من مال غيره معتقدًا أنه ماله، فإنه لا يعاقب على السرقة بحد ولا تعزير لتخلف ركن من أركان الجريمة والشبهة القائمة في الإثبات من الشُّبَهِ القوية التي تدرأ التعزير كأن يشهد شخصان على آخر بأنه

(١) أعلام الموقعين (٢/ ٤٧)، المبسوط (٩/ ٨٥)، حاشية الدسوقي (٤/ ١٤٦)، مغني المحتاج (٤/ ١٤٦).

(٢) المغني (٩/ ٢٧)، ومغني المحتاج (٤/ ١٤٤)، بداية المجتهد (٢/ ١٥٦).

شرب خمرًا، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، كأن ينسب إلى شخص يجن أحيانًا ويفيق في غيرها أنه ارتد أو سرق، ولم يُعلم أنه ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون فلا حد عليه ولا تعزير[١].

أما إذا كانت الشبهة ضعيفة، فإنها لا تمحو وصف الجريمة ولكن فقط تسقط الحد، وإذا أسقطت عقوبة الحد في هذه الحالة فإن عقوبة التعزير هي التي تستبدل بها وتحل محلها[٢].

ونخلص من ذلك إلى أن قاعدة درء الحدود بالشبهات قد وضعت في الأصل لجرائم الحدود، ولكن ليس هناك ما يمنع من تطبيقها على جرائم التعزير؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وكل متهم في حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء أكان متهمًا في جريمة من جرائم الحدود أم في جريمة من جرائم التعزير.

ومحل تطبيق قاعدة درء العقوبة على جرائم التعزير يكمن في ثلاث حالات:

١- أن تكون الشبهة قوية في ركن من أركان الجريمة.

٢- أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المجرم على الفعل المنسوب إلى المتهم.

٣- أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة.

---

(١) الإنصاف في مسائل الاختلاف (١٠/ ١٨٢)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٤/ ١٤٧).

(٢) مواهب الجليل (٦/ ٢٣٢)، الإسلام عقيدة وشريعة، للشيخ شلتوت (ص٢٩٧)، التشريع الجنائي (١/ ٢١٥)، العقوبة، لأبي زهرة (ص٢٦١).

وتطبيق القاعدة في هذه الحالات الثلاث يؤدي إلى درء الحد وأيضًا درء التعزير، وفيما عداها تكون الشبهة ضعيفة تدرأ الحد ولا تؤثر على العقوبات التعزيرية؛ لأنه لو كانت تسقط التعزير مع ضعف الشبهة لما كان هناك تأديب وسادت الفوضى، وبعض الفقهاء يجيزون أن يرتفع الحكم بالتعزير إلى الإعدام.

أثر هذه القاعدة في حماية المتهم:

قاعدة درأ الحدود بالشبهات قاعدة مقررة عند جماهير العلماء وهي مستندة إلى سنة النبي ﷺ القولية والفعلية، وقد اشتهر تطبيقها في عصر الصحابة من غير نكير وقد أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات.

والناظر في حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»[1]، يجده يفرض على القاضي عند نظر القضية أن يلاحظ مبدأين أساسيين:

المبدأ الأول: درء الحد بالشبهة: وهو مأخوذ من الشق الأول من الحديث: **«ادرؤوا الحدود بالشبهات، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله»**.

المبدأ الثاني: تفضيل الخطأ في العفو على الخطأ في العقوبة، وأساس هذا المبدأ هو الشق الثاني من الحديث: **«فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»**.

---

(١) رواه الترمذي، وذكر أنه قد روي موقوفًا، وأن الوقف أصح، انظر: نيل الأوطار (٧/ ١١٨).

وفي مراعاة هذين المبدأين ضمان لتحقيق العدالة ومراعاة لجانب المتهمين الذين هم في أشد الحاجة لالتماس الأعذار، وفيه كذلك بيان حرص الإمام على حفظ كرامة الإنسان، وأنه لا تستباح نفسه ولا عرضه بمجرد الشبهة، بل إن رسول الله ﷺ قد درأ الحد بأدنى شبهة كما هو ظاهر في حديث الأعرابي الذي قال له: إن امرأتي ولدت غلامًا أسود – معرضًا بنفي الولد –، فقال النبي ﷺ: «**هل لك من إبل؟**»، قال: نعم، قال: «**وما ألوانها؟**»، قال: حمر، قال: «**هل فيها من أورق؟**»، قال: نعم، قال: «**فأنى كان ذلك؟**»، قال: أراه نزعه عرق، قال ﷺ: «**فلعل ابنك هذا نزعه عرق**».

ومراعاة مبدأ: درأ الحد بالشبهة، وتفضيل الخطأ في العفو فضلاً عما سبق بيانه يعني أمورًا:

أولًا: أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجاني قد ارتكب الجريمة، وأن النص المجرِّم منطبق على الجريمة، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني قد ارتكب الجريمة كما إذا رجع الشهود عن شهادتهم أو في انطباق النص المجرِّم على الفعل المنسوب للجاني كمن تزوج بلا شهود أو بغير ولي، وجب الحكم بالبراءة، فإن الحكم ببراءة المجرم في حال الشك خير للجماعة وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء، وفي هذا تضييق لدائرة العقاب، وجعله رمزًا مانعًا بدل أن يكون عامًا جامعًا، وحسب المؤمن أن تكون هناك يد مقطوعة كل عام مثلًا ليكون ذلك مانعًا زاجرًا، يجعل كل سارق يترقب مثل ما نزل بغيره فيكون الامتناع

عن السرقة.

وحسب أرباب الشهوات أن يكون بين أيديهم حد يقام على الزنا يشهده طائفة من المؤمنين حتى يتجهوا إلى الزواج ويفروا من عار العقاب إلى أمن البراءة وطريق السلامة، فتنفيذ القليل من عقوبات الحد صالح للردع والزجر.

ثانيًا: مبدأ تفضيل الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم، فهو ينطبق على جرائم الحدود والقصاص والدية وجرائم التعزير، ففيه حماية المتهم، حماية لنفسه وعرضه وماله، فيفسر بناء على هذا المبدأ كل شك لصالح المتهم.

وهذا يؤدي إلى حمايته بتبرئته أو تخفيف العقوبة عنه، ويوافق هذا ما عليه العمل في القوانين الوضعية الحديثة، فإن المحكمة إذا شكت في توافر ركن الإكراه في السرقة بالإكراه فسر هذا الشك لمصلحة المتهم، واعتبرت الواقعة سرقة عادية، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية، وإذا شكت المحكمة في ثبوت الجريمة أو في توافر ركن من أركانها حكم ببراءة المتهم[1].

ما يترتب على درء الحد بالشبهة:

تختلف النتائج التي تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات، ففي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد بتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة التعزير محلها.

---

(١) القانون الجنائي، لعلي بدوي (ص١٠٦)، شرح قانون العقوبات، لكامل مرسي (ص١١٤، ١١٥).

وبالنظر إلى التطبيقات الفقهية نجد أن قوة الشبهة أو ضعفها هو السبب في إزالة وصف الجريمة بالكلية إذا كانت الشبهة قوية، أو درء الحد فقط والانتقال إلى عقوبة أخرى غير مقدرة وهي العقوبة التعزيرية عندما تضعف الشبهة عن إزالة وصف الجريمة عن المتهم، ومن ثم قسم بعض الفقهاء المحدثين الشبهة من حيث آثارها إلى قسمين:

الأول: شبهات قوية تمحو وصف الجريمة، ويترتب على محو وصف الجريمة سقوط العقوبة حتمًا.

الثاني: شبهات ضعيفة لا تمحو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد، وإذا لم يمح وصف الجريمة عن المتهم اتجه القاضي بعد سقوط الحد إلى عقوبة غير مقدرة وهي التعزير بما يراه مناسبًا لزجره شريطة أن لا تبلغ الحد الذي دُرِئ عنه بالشبهة.

فالشبهات التي تتعلق بالدليل كلها شبهات قوية؛ لأن الفعل تنازعه دليلان:

أحدهما: مبيح والآخر محرم، فالتحريم في بعض الأنظار غير ثابت كالنكاح بغير ولي، وسرقة الأب مال ولده، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة. ودرء الحد والتعزير بالشبهة القوية متفق عليه بين فقهاء المذاهب.

يقول ابن قدامة: ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي ولا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها البائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن.

وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة،

والحدود تدرأ بالشبهات[١].

وليس اختلاف العلماء هو الشبهة الدرائة للحد، وإنما الشبهة هي: التعارض بين أدلة التحريم والتحليل، فإن الحلال ما قام دليل تحليله والحرام ما قام دليل تحريمه، وليس أحدهما أولى من الآخر[٢].

فالاختلاف في حل هذه الأنكحة معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، ومن ثم ينعدم وصف الجريمة، فيجب تبرئة المتهم مما نسب إليه.

أما إذا كانت الشبهة ضعيفة فإنها لا تمحو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد، ومن الشبهات الضعيفة، شبهة العقد عند أبي حنيفة فمن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كأمه أو بنته فوطئها، لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر، وإن قال: علمت أنها عليَّ حرام. ولكنه يعاقب على ذلك عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدًّا مقدرًا شرعًا إذا كان عالمًا بذلك، أما إذا لم يكن عالمًا فلا حد ولا تعزير[٣].

* * *

(١) المغني، لابن قدامة (٨/ ١٨٣، ١٨٤).

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعز الدين بن عبد السلام (٢/ ١٦٠).

(٣) فتح القدير (٤/ ١٤٧)، والهداية معه والعناية بهامشه.

قاعدة: الحر لا يدخل تحت اليد[(١)]

معنى القاعدة:

أن الحر إذا غصبه غاصب فلا يستولي عليه استيلاء الغصب ولا يضمن منافعه ولا يضمن ما معه بوضع اليد عليه.

وعلى ذلك فالحر لا يضمن ضمان المغصوب بخلاف غاصب الدابة فإنه يضمن بأقصى القيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف.

فالمنافع التي تفوت بغصب الحر وأخذه قهرًا عنه وحبسه فلا ضمان لها؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يدخل في استيلاء الغصب وهذا هو الأصح.

وأما مقابل الأصح: فيضمن لأنه فوت عليه المنافع فيضمن ضمان عطل وإضرار وهذا هو المعقول فيكون من باب العقوبة للضرار وليس من باب الضمان.

وثياب الحر وما في يده من المال لا يدخل في ضمان الغاصب لأنها في يد الحر حقيقة؛ لأن المال محرز في يد الحر والحر لا يدخل تحت اليد، فلا يدخل ماله من باب أولى حتى ولو كان الحر صغيرًا أو مجنونًا، وهذا هو الأصح.

ومقابل الأصح لو كان الحر صغيرًا أو مجنونًا يضمن واضع اليد؛ لأن يد المجنون والصغير كلا شيء فكأنه أخذ المال مباشرة بقطع النظر عن المجنون والصغير.

قال النووي: منفعة بدن الحر، مضمونة بالتفويت، فإذا قهر إنسان حرًا وسخره

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (١٣٨).

في عمل، ضمن أجره، وإن حبسه وعطل منافعه، لم يضمنها على الأصح؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده، بخلاف المال.

وقال ابن أبي هريرة: يضمنها[1]، وهذا هو المعقول فيكون التعويض من باب العقوبة للضرر ، وقد نفى الله وقوع الضرر في الشريعة.

* * *

(١) روضة الطالبين (٥/ ١٤).

قاعدة: الميسور لا يسقط بالمعسور[(١)]

معنى القاعدة:

أن الشارع لو كلفنا بأمر، تيسر لنا فعل بعضه وتعسر علينا البعض الآخر، فلا يسقط الذي تيسر بما شق أو عسر، بل نأتي بالميسور ثم يسقط المعسور.

وعليه، فكل أمر يستطيع المكلف فعله وهو يسير عليه لا يسقط بما يشق عليه فعله أو يَعْسُر، وهذه القاعدة من الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة.

دليل القاعدة:

هذه القاعدة يستدل عليها بالكتاب والسنة:

١- أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: من الآية٢٨٦]، ففي هذه الآية الكريمة نص الله تعالى على أنه لا يكلف العباد إلا بما في وسعهم وفي مقتضى إدراكهم، ما كان منها من أعمال القلوب أو الجوارح، وبهذا انكشفت الكربة عن المسلمين[(٢)]، فلا يجوز تكليف إلا بما يطاق من الأحكام.

٢- وأما السنة فمنها أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**»[(٣)].

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص١٧٦).

(٢) أحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٤٢٩).

(٣) رواه ابن ماجه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، في المقدمة ١، ورواه البخاري في كتاب الاعتصام ٦، ورواه مسلم في كتاب الفضائل ١٣٠، ٤١٣.

قال ابن السبكي هذه القاعدة مستنبطة من هذا الحديث وفيها دليل على أنه إذا تيسر البعض وتعسر البعض وجب الإتيان بالميسور؛ لأنه لا يسقط بالمعسور وقد استخرج منه أيضًا قواعد أخرى منها: درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، والموازنة بين المصالح والمفاسد.

والمراد بدرأ المفاسد إزالتها فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، فدفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة في الغالب إلا أن تكون المفسدة مغلوبة.

فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة، قال تعالى: ﴿۞ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَـٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ ۗ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلْـَٔايَـٰتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١٩﴾﴾ [البقرة: ٢١٩]، فالله تعالى حرم الخمر والميسر لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما.

وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة دون المفسدة، وأقرب مثال لذلك: التلفظ بكلمة الكفر فهو مفسدة محرمة لكنه جائز بالحكاية والإكراه، إذا كان قلب المكره مطمئنًا بالإيمان؛ لأن حفظ المهج والأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدها الجنان، ولكنه لو صبر عليها لكان أفضل لما فيه من إعزاز الدين وإجلال رب العالمين(١).

ومن أجل ذلك كان اعتناء الشارع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للإمام عز الدين بن عبد السلام (١/ ٩٨، ٩٩).

المأمورات، لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي.

والاستنباط أصله الحقيقي استخراج الماء من الأرض والحفر واستعماله في أخذ الحكم من القواعد مجازي، حيث شبه الوصول إلى الحكم الشرعي بالاجتهاد من القواعد بوصول الرجل إلى الماء بالحفر، بجامع أن كلاً منهما يخرج فاقدًا.

وبهذه القاعدة رد الشافعية على أبي حنيفة قوله: إن العريان يصلي قاعدًا[1]؛ لأنه يناجي ربه فينبغي أن يناجيه على أكمل وجه، ولأن يناجيه على حالة أستر خير من أن يناجيه على حالة أفحش.

فردوا عليه بأن الصلاة المأمور بها يجب أن تكون كاملة الأركان والشروط، فإذا عجز المكلف عن بعضها وتيسر البعض الآخر فلا يسقط الميسور وهو القيام، بالمعسور وهو ستر العورة، لقوله ﷺ: «**إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**».

فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطي لهذه القاعدة فروعًا نختار منها ما يلي:

الفرع الأول:

إذا قطع من رجل بعض الأطراف كاليد مثلاً، فيجب عليه في الطهارة غسل الباقي جزمًا لأنه ميسور، والمقطوع معسور، والميسور لا يسقط بالمعسور لقوله ﷺ: «**إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**».

الفرع الثاني:

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص١٧٦).

القادر على بعض السترة يستر به القدر الممكن من أمام لأنه يستقبل به القبلة لأنه ميسور وستر الكل معسور، والميسور لا يسقط بالمعسور، وهذا من ذوق التشريع الإسلامي، وقيل يستر به الدبر لأنه أفحش لا سيما في الركوع[1]، والأول أولى.

الفرع الثالث:

القادر على بعض الفاتحة في الصلاة يأتي به بلا خلاف لأنه ميسور فلا يسقط بالمعسور وهو قراءة الكل، على أن يكمل بقدر الفاتحة وهي سبع آيات من القرآن إن أحسن قراءة شيء من القرآن لأن النبي ﷺ أمر الذي لا يحسن شيئًا من الفاتحة وكان يحفظ غيرها من القرآن أن يقرأ منه بقدرها إن قدر، لا يجزيه غيره لما رواه أبو داود عن رفاعة بن رافع أن النبي ﷺ قال: «**إذا قمت إلى الصلاة، فإن كان معك قرآن فاقرأ به، وإلا فاحمد الله وهلله وكبره**»، ولأنه من جنسها فكان أولى ويجب أن يقرأ بعدد آياتها[2].

الفرع الرابع:

إذا لم يستطيع المصلي رفع اليدين في الصلاة حذو منكبيه حتى تحاذي أطراف أصابعه أعلى أذنيه وإبهاماه شحمتي أذنيه وراحتاه منكبيه فإن لم يستطيع ذلك ولم يقدر عليه إلا بزيادة على المشروع أو أنقص منه أتى بالممكن[3]، لأنه ميسور،

(١) المغني، لابن قدامة (١/ ٥٩٦).

(٢) المرجع السابق (١/ ٤٨٧، ٤٨٨).

(٣) مغني المحتاج (١/ ١٥٢).

والمعسور عليه وهو القدر المشروع، والميسور لا يسقط بالمعسور.

الفرع الخامس:

إذا كان محدثًا حدثًا أكبر أو أصغر وعليه نجاسة سواء على بدنه أو ثوبه، والماء الذي معه لا يكفي إلا لأحدهما فقط، فعليه غسل النجاسة قطعًا؛ لأن غسل النجاسة لابد منه.

بخلاف رفع الحدث فله بدل وهو التيمم، وهذا هو وجه الجزم، ولا يجوز عند الشافعية أن يتيمم قبل إزالة النجاسة لأنه يصدق عليه أنه يتيمم ومعه ماء، وهذا كلام صوري لأن وجود الماء في هذه الحالة ينزل منزلة العدم.

وجه التفريع:

غسل النجاسة هو الميسور، والمعسور هو رفع الحدث بالماء والميسور لا يسقط بالمعسور.

ويلاحظ بأنه لا يوجد رأي في الفقه يقول: بأن التيمم يزيل النجاسة الحسية(١).

الفرع السادس:

لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام، لم يسقط عنه القيام ويصلي قائمًا عند الشافعية، لأنه ميسور، والركوع والسجود معسور، فيأتي بالميسور وهو القيام لأنه ركن وهو ميسور.

---

(١) محاضرات في القواعد الفقهية، مرجع سابق.

وهذا في حق غير القادر على الركوع والسجود الكامل، أما إذا كان قادرًا على الإيماء، فإنه يجب عليه أن يومئ بالركوع والسجود بقدر الإمكان ويجعل الإيماء بالسجود أخفض من الإيماء بالركوع؛ لأنه داخل في الميسور فلا يسقط بالمعسور[1].

وقال أبو حنيفة: يسقط القيام؛ لأن القيام إنما شرع وسيلة للركوع والسجود، وما دام تعذر عليه، فلا فائدة منه فيصلي من قعود، لأنها صلاة لا ركوع فيها ولا سجود فسقط القيام كصلاة النافلة على الراحلة[2].

والراجح: ما ذهب إليه الشافعية إذ لا دليل على أن القيام مقصود لغيره لا لذاته، لأنه فرض واجب بالإجماع لا تصح الصلاة من القادر عليه إلا به، بل لو قال مسلم: أنا أستحل القعود في الفريضة بلا عذر أو قال: القيام في الفريضة ليس بفرض كفر إلا أن يكون قريب عهد بإسلام[3] لقوله تعالى: ﴿وَقُومُواْ لِلَّهِ قَٰنِتِينَ ٢٣٨﴾ [البقرة: من الآية٢٣٨]، وقوله ﷺ لعمران بن حصين: «**صل قائمًا**»[4].

الفرع السابع:

نقل العراقيون عن نص الشافعي، أن الأخرس يلزم أن يحرك لسانه بدلاً عن تحريكه بالقراءة كالإيماء بالركوع والسجود، فالميسور تحريك اللسان، فلا يسقط

(١) شرح منهج الطلاب (١/ ٢١١، ٢١٢).

(٢) المغني، لابن قدامة (٢/ ٢٤٥).

(٣) المجموع وشرح المهذب للنووي (٣/ ٣٥٨).

(٤) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي (جامع الأصول في أحاديث الرسول، لابن الأثير (٥/ ٣١٢)، الفرع الثاني في القيام والقعود).

بالمعسور وهو القراءة.

والدليل: القياس على الإيماء، لأن في تحريك اللسان إشارة إلى أنه يصلي كالذي يومئ بالركوع والسجود.

فالعلة: أن في كل منهما إيماء في أنه يصلي، فإن قيل: إن العلة في المقيس عليه قوية، وفي المقيس ضعيفة؛ لأن الإيماء بالركوع والسجود يحقق المقصود منه، ففيه هيئة خضوع، بخلاف تحريك اللسان إذ لا يحقق شيئًا من القراءة في الأخرس ففي ذلك هيئة قراءة فقط ومن شروط التكليف أن يكون سليم الحواس، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة.

فيرد عليه: بأنه لا يشترط أن تكون العلة متساوية متى وجد الأصل.

الفرع الثامن:

المقطوع الساعد من المرفق يجب عليه غسل رأس عظم العضد على المشهور لأنه ميسور والميسور لا يسقط بالمعسور وذلك بناء على أن الغاية داخلة في المغيا.

ومقابل المشهور: لا يجب عليه غسل رأس عظم العضد، لأن الغاية غير داخلة.

والمقابل ضعيف، لدخول الغاية في المغيا بقرينتي الإجماع والاحتياط للعبادة[1].

الفرع التاسع:

---

(١) مغني المحتاج (١/ ٥٢).

إذا وجد المكلف بعض الصاع[1] في الفطر يلزمه إخراجه في الأصح لأنه ميسور، والميسور لا يسقط بالمعسور، وهو إخراج بقية الواجب.

ومقابل الأصح: لا يجب عليه الإخراج لأنه لا يصدق عليه أنه قادر على إخراج زكاة الفطر، ولأن التكليف متعلق بالصاع، فالرسول ﷺ طلب صاعًا وحيث لا يوجد يعتبر فقيرًا، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة وعلى الأصح يكون الفرع من القاعدة.

والصاع: قدحان عند الشافعية[2] والحنفية، وقدح وثلث عند المالكية، والتحقيق أنه قدح وثلث كمذهب مالك.

الفرع العاشر:

لو انتهى في الكفارة المرتبَة وهي كفارة الظهار أو الإفطار في رمضان إلى الإطعام ولم يجد إلا إطعام ثلاثين مسكينًا.

فالأصح وجوب إطعام الثلاثين؛ لأنه ميسور والميسور لا يسقط بالمعسور وهو إطعام بقية الستين لقوله ﷺ: «**إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**»، ومقابل الأصح: لا يجب عليه إطعام الثلاثين لأن هذا الإطعام لا يسمى كفارة، ولا يصدق عليه اسم كفارة، ولأن الله تعالى قال: ﴿سِتِّينَ﴾ [المجادلة: من الآية٤]، وغير القادر

---

(١) الصاع أربعة أمداد، والمد: حفنة بكفي الرجل المعتدل الكفين ويساوي قدحًا وثلثا، أو قدحين، فالصاع مكيال تكال به الحبوب وغيرها. يراجع: المعجم الوجير لمجمع اللغة العربية (ص٣٧٤).

(٢) مغني المحتاج (١/ ٤٠٥).

على الستين يكون غير قادر على الكفارة، وعلى الأول: يلتزم بالباقي في ذمته؛ لأنه لا بدل له والميسور لا يسقط بالمعسور[1].

الفرع الحادي عشر:

من لم يستطيع القيام في الصلاة صلى قاعدًا، وإن لم يستطيع صلى مضطجعًا، وإن لم يستطيع الركوع أو السجود أدى ما استطاع ولو بالإيماء، عملاً بالقاعدة.

الفرع الثاني عشر:

من عجز عن سداد كل الدين أدى ما قدر عليه، وإذا عجز عن سداده دفعة أداه مقسطًا، لقوله ﷺ: «**فأتوا منه ما استطعتم**».

الفرع الثالث عشر:

إذا كان محدثًا وعليه نجاسة ووجد ماء لا يكفي الوضوء والغسل، أو على بدنه نجاسة والماء الذي معه لا يزيل إلا بعضها، في هذه المسألة قولان:

١ - الأظهر: وجوب استعماله في الأول وهو الحدث لأن غسل بعض أعضاء الوضوء ميسور وغسل الباقي معسور، والميسور لا يسقط بالمعسور، ويجب أن يكون ذلك قبل التيمم، ويتيمم على الباقي لئلا يتيمم ومعه ماء، وكذلك يزيل بعض النجاسة ثم يتيمم عن الحدث ويكون ذلك بالترتيب.

٢ - مقابل الأظهر: يجب أن يزيل النجاسة عن الثوب ولا يستعمل هذا الماء في صورة الحدث ما دام لا يكفي لرفعه لأنه يلزم منه طهارة مبعضة بعضها ماء

---

(١) المرجع السابق (١/ ٣٦٧).

وبعضها تراب، وهو الذي نرجحه لأن الطهارة المبعضة لم توجد في الشريعة، وأما قوله ﷺ: «**فأتوا منه ما استطعتم**»، فمعناه إذا وقع الموقع وكان كافيًا، فوجود القليل كلا وجود، كما أنه لم يرد عن رسول الله ﷺ قول أو فعل أو تقرير بالطهارة المبعضة أما في إزالة النجاسة فيستعمل فيها الماء(١).

الفرع الرابع عشر:

إذا ملك نصابًا من المال وحال عليه الحول، وكان بعض هذا المال عنده، والبعض الآخر في بلد فوق مسافة القصر، فهل يخرج الزكاة عن الموجود عنه أو ينتظر حتى يخرج الزكاة عن الجميع ؟ في هذه المسألة رأيان:

١ - أحدهما: أنه يخرج الزكاة عما في يده من المال لأنه ميسور له ما دام في بلده، وإذا حضر الباقي أخرج زكاته، لجواز أن يكون النصف الآخر قد تلف، فالبعض ميسور وهو معه والآخر معسور وهو غائب، والميسور لا يسقط بالمعسور، وهذا أحد قولي الشافعي وهو أقواهما(٢).

٢ - والثاني: لا يجب عليه إخراج الزكاة عن المال الموجود معه بل ينتظر حتى يصل بقية النصاب فيخرج عن الكل لأن النصاب غير موجود معه، وعليه فالأصح مع القاعدة، ومقابل الأصح خارج عن القاعدة.

---

(١) محاضرات في القواعد الفقهية، لأستاذنا الدكتور جاد الرب، ٣٦.

(٢) القواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية (ص٩٠)، مكتبة السنة المحمدية بتحقيق حامد الفقي.

الفروع المستثناة:

قال السيوطي: خرج عن هذه القاعدة مسائل منها:

١- القادر على صوم بعض يوم من الفجر إلى الظهر ولم يستطع أن يكمل اليوم، لا يلزمه الإمساك، وكان مقتضى القاعدة أنه يجب عليه الإمساك لأنه ميسور ولكنه خرج عن القاعدة؛ لأنه لم يشرع صوم بعض يوم فليس في الشرع صوم بعض يوم، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، لأننا أسقطنا الميسور بالمعسور.

٢- حق الشفعة يكون للشريك عند الشافعية، وللشريك والجار عند الأحناف، فلو كان الشفيع ليس معه إلا بعض ثمن الشقص أي النصيب فهل يلزم الشارع الشريك البائع أن يعطيه بالشفعة؟ في هذه المسألة لا يأخذ بعض الشقص لأنه إما أن يأخذ الكل أو يترك الكل، فالشفعة إنما شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر، فلو أخذ الشفيع النصف وترك النصف للمشتري الجديد لتحقق ضرر للشريك البائع وضرر للمشتري، والضرر يزال، فحق الشفعة إذن لا يتجزأ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص[1] وكان مقتضى القاعدة جواز ذلك؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور وعليه الفرع خارج عن القاعدة على سبيل الاستثناء.

٣- إذا اطلع المشتري على عيب أخفاه عليه البائع فيجب الرد فورًا أو الإشهاد على هذا العيب إذا كان البائع غائبًا، فإذا لم يتيسر له الرد ولا الإشهاد عليه، فلا يلزم التلفظ بالفسخ في الأصح، ويؤخر التلفظ بالفسخ لحين الوصول إلى

(١) المغني، لابن قدامة (٥/ ٦٧).

الحاكم أو البائع نفسه.

وكان مقتضى القاعدة أن يتلفظ بالفسخ لأنه ميسور، لكنهم قالوا: لا يلزمه التلفظ في الأصح، وعليه فهو مستثنى من القاعدة ومقابل الأصح: يلزم التلفظ، لأنه ميسور فلا يسقط بالمعسور، وهو وجود البائع أو الحاكم، وعليه يكون الفرع من القاعدة.

٤- ومنها عند الحنابلة، إذا عجز في الصلاة عن وضع جبهته على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود، فإنه لا يلزمه ذلك على الصحيح؛ لأن السجود على بقية الأعضاء، إنما وجب تبعًا للسجود على الوجه وتكميلاً له[١].

ويلاحظ في فروع القاعدة، أن الأصح يكون حكمه موافقًا لحكم القاعدة، وفي الاستثناء يكون العكس.

* * *

(١) قواعد ابن رجب القاعدة الثامنة، ومنها: من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها هل يلزمه الإتيان بما قدر عليه منها أو لا ؟.

قاعدة: ما حرم استعماله حرم اتخاذه[1]

معنى القاعدة:

أنه يحرم على المكلف أن يحوز شيئًا محرمًا عنده بأي سبب من أسباب التملك بشراء أو اتهاب ونحوهما ولو لم يقصد استعماله؛ لأن وجوده في حوزته عامل قوي يؤدي إلى استعماله، فإن اتخاذه ولو لم ينو استعماله حرام وكل ما يؤدي إلى الحرام فهو حرام.

دليل القاعدة:

دليل هذه القاعدة، سد الذرائع، وهو مبدأ معمول به في الشريعة الإسلامية دل عليه كثير من الآيات والأحاديث، قال تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ لَسۡتُنَّ كَأَحَدٖ مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِنِ ٱتَّقَيۡتُنَّ فَلَا تَخۡضَعۡنَ بِٱلۡقَوۡلِ فَيَطۡمَعَ ٱلَّذِي فِي قَلۡبِهِۦ مَرَضٞ وَقُلۡنَ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗا ۝٣٢﴾ [الأحزاب: ٣٢]، وقال سبحانه: ﴿وَقُل لِّلۡمُؤۡمِنَٰتِ يَغۡضُضۡنَ مِنۡ أَبۡصَٰرِهِنَّ وَيَحۡفَظۡنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنۡهَاۖ وَلۡيَضۡرِبۡنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّۖ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوۡ ءَابَآئِهِنَّ أَوۡ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوۡ أَبۡنَآئِهِنَّ أَوۡ أَبۡنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوۡ إِخۡوَٰنِهِنَّ أَوۡ بَنِيٓ إِخۡوَٰنِهِنَّ أَوۡ بَنِيٓ أَخَوَٰتِهِنَّ أَوۡ نِسَآئِهِنَّ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ أَوِ ٱلطِّفۡلِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يَظۡهَرُواْ عَلَىٰ عَوۡرَٰتِ ٱلنِّسَآءِۖ وَلَا يَضۡرِبۡنَ بِأَرۡجُلِهِنَّ لِيُعۡلَمَ مَا يُخۡفِينَ مِن زِينَتِهِنَّۚ وَتُوبُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ۝٣١﴾ [النور: ٣١]، وقال: ﴿قُل لِّلۡمُؤۡمِنِينَ يَغُضُّواْ

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، (ص١٦٧)، والمجلة ٣٤، ٣٥.

﴿مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرٌۢ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴿٣٠﴾﴾ [النور: ٣٠].

فضرب المرأة برجلها ذات الخلاخيل ذريعة إلى النظر والافتتان، كما أن القول اللين المتكسر ذريعة إلى ذلك فنهى الله عنه لأنه يوصل إلى الزنى المشتمل على المفاسد(١).

ونحن إذا تتبعنا التكاليف الشرعية وجدنا أن الشارع يعطي الوسيلة حكم الغاية، فلا ينهى عن شيء إلا وينهى عن كل ما يوصل إليه؛ لأن ما يوصل إلى الحرام فهو حرام.

ومن ذلك حديث ابن عمر: «لعن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، ومعتصرها، وعاصرها، وحاملها، والمحمولة إليه»(٢)، وزاد ابن ماجه: **«وآكل ثمنها»**.

فروع القاعدة:

قال السيوطي: ومن ثم حرم اتخاذ آلات الملاهي، وأواني النقدين والكلب لمن لا يصيد، والخنزير، والفواسق، والخمر، والحرير، والحلي للرجل»(٣)، فهذه الفروع تدخل تحت القاعدة وبيانها كالآتي:

الفرع الأول: اتخاذ آلات الملاهي:

(١) أصول الفقه، لفضيلة الشيخ البرديسي (ص٣٥١).

(٢) سنن أبي داود، كتاب الأشربة، رقم ٣٦٧٤.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص١٦٧).

فيحرم اتخاذ آلات الملاهي لأنه يحرم استعمالها فيحرم اتخاذها في البيوت، وإن لم يقصد استعمالها؛ لأنه ذريعة إلى الاستعمال، ويدخل في آلات اللهو أدوات الطرب والموسيقى، وكذلك الملاهي، إذا كان بمصاحبة المنكر أو الفحش أو تسبب في الوقوع في ذلك، لما روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا فعلت أمتي خمس عشرة خصلة حل بها البلاء**». وذكر منها: «**إذا اتخذت القينات والمعازف**»، وهذا ما حكاه القرطبي وغيره[1]. وقد اختلف في الغناء مع آلات الملاهي أو بدونها فذهب الجمهور إلى التحريم مستدلين بما رواه ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**إن الله حرم الخمر والميسر والكوبة والغبيراء وكل مسكر حرام**»[2]، وذهب أهل المدينة ومن وافقهم من علماء الظاهر وجماعة من الصوفية إلى الترخيص في السماع ولو مع العود فكانوا لا يرون في الغناء بأسًا.

ومذهب مالك بن أنس إباحة الغناء بالمعازف، وإليه ذهب الظاهرية قاطبة وحكى إباحة العود عن بعض الشافعية وحكاه الأدفوي عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام.

وجزم بالإباحة أبو بكر بن العربي فهؤلاء جميعًا قالوا: بتحليل السماع مع آلة من الآلات المعروفة، أما مجرد الغناء من غير آلة فالغزالي نقل الاتفاق على حله.

الفرع الثاني: أواني النقدين:

---

(١) حاشية النجدي على الروض المربع (١/ ١٠٢).

(٢) رواه أحمد وأبو داود، يراجع: نيل الأوطار (٨/ ١٠٩)، والكوبة: بضم الكاف وسكون الواو ثم باء موحدة هي الطبل، والغبيراء: بضم الغين: العود، وقيل: الطنبور.

أواني النقدين: يحرم اتخاذها، واقتناؤها؛ لأنه يحرم استعمالها لما في الصحيحين: **«لا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافهما، فإنها لهم في الدنيا، ولكم في الآخرة»**(١).

وجميع أنواع الاستعمال في معنى الأكل والشرب بالإجماع، واتفقوا على أن الحرمة تعم الذكر والأنثى لعموم الأخبار وعدم المخصص.

الفرع الثالث: اقتناء الكلب:

الكلب يحرم اقتناؤه لمن لا يصيد، لأنه يحرم استعماله إلا لضرورة الصيد أو الحراسة، ولا ضرورة هنا لما روي أن الملائكة لا تدخل بيتًا فيه كلب ولا صورة ولا جنب(٢)، فإن كان لحراسة الزرع أو الماشية أو للصيد، فهذا الكلب مأذون في اتخاذه من جهة الشرع. وأما غير ذلك فلا يجوز، ولا يبعد أن يدخل في المباح اتخاذه للجر كما هو معتاد في بلاد الإسكيمو حيث تقتنى الكلاب للجر، وكذا الكلاب البوليسية المدربة يباح استعمالها لهذا الغرض الأمني، والتعرف على المجرمين لردعهم.

فقد روى ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من اتخذ كلبًا إلا كلب زرع أو غنم أو صيد، ينقص من أجره كل يوم قيراط»(٣).

الفرع الرابع: قتل الخنزير والفواسق:

أما الفواسق، فيجوز قتل الفواسق الخمسة في الحل والحرم، وهي: الحدأة،

---

(١) قال ابن منده: مجمع على صحته، قاله في التلخيص (١/ ٥٠).

(٢) سنن الدارمي (٢/ ٢٨٤)، باب لا تدخل الملائكة بيتًا فيه تصاوير.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي (٥/ ٢٧٣).

والفأرة، والكلب العقور، والعقرب، والثعبان، وإذا كان يحرم استعمالها، فيحرم اتخاذها، لحديث: «**خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح**»[1] الحديث، وفي رواية عن ابن عمر قال: حدثتني إحدى نسوة النبي ﷺ أنه كان يأمر بقتل الكلب فذكر الخمسة، وزاد: الحية، قال: وفي الصلاة أيضًا، وكذلك الخنزير.

وقد اتفق الفقهاء على حرمة الانتفاع بالخنزير، ونقل القرطبي الإجماع على ذلك[2]. ولكن رخص في الخِرازة بشعره عند الحنفية والمالكية[3] للحاجة، وكذا الانتفاع بجلده عند من يقول بطهارة جلده بالدباغ لو تأتى فيه ذلك وهو رأي ضعيف. وكلا هذين الأمرين لا يفت في عضد الإجماع على حرمة الانتفاع به بأي نوع من أنواع الانتفاع.

فقد روى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول وهو بمكة عام الفتح: «**إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**»، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس. فقال: «**لا، هو حرام**»، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «**قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم شحوم الإبل جملوها ثم باعوها فأكلوا ثمنها**»[4]، وعلى ذلك فيحرم اتخاذ الخنزير لأنه يحرم استعماله وما قيل من جواز بيع شعر الخنزير لأنه طاهر فهو

---

(١) سنن الدارمي (٢/ ٣٦)، باب ما يقتل المحرم في إحرامه.

(٢) الجامع لأحكام القرآن (١/ ٦٠١).

(٣) بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٠٥)، ومنح الجليل (١/ ٦٠٠).

(٤) صحيح البخاري مع شرح ابن حجر، فتح الباري (٤/ ٤٩٥).

ضعيف وعلى فرض صحته فلا حاجة إليه الآن، لأنه قد استعاض الإنسان بآلات متقدمة في الخرز وعمل المشغولات المختلفة فلا حاجة فيه.

الفرع الخامس: الخمر:

الخمر، يحرم اقتناؤها، لأنه يحرم استعمالها، والاقتناء وسيلة إلى الشرب، والخمر المجمع على تحريمه هو المتخذ من عصير العنب إذا اشتد وقذف بالزبد وصارت له رغوة، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخمر يطلق على كل شراب يتأتى منه الإسكار أيًا كانت المادة التي اتخذ منها: العنب أو التمر أو العسل أو الحنطة أو الذرة أو غير ذلك. ونقل هذا الرأي عن عدد من الصحابة والتابعين وهو رأي مالك والشافعي وأحمد ومذهب ابن حزم الظاهري[1]، فلا يختص التحريم بالخمر المتخذ من العنب بل يشاركها في التحريم كل شراب مسكر، قال الحافظ: وهو أظهر.

لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في خطبته: نزل تحريم الخمر وهي خمسة أشياء: العنب، والتمر، والحنطة، والشعير، والعسل. متفق عليه من حديث ابن عمر عن عمر، وفي آخره: والخمر ما خامر العقل[2]، وهذا يدل على أن وصف الخمر لا يقتصر على ما اتخذ من العنب أو تمر النخل وهو البلح بل يشمل نبيذ الحنطة أو

---

(١) بداية المجتهد (١/ ٤٧١)، حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل (٨/ ١١١)، مغني المحتاج (٤/ ١٨٤)، كشاف القناع (٦/ ١١٦)، والمحلى (٨/ ٢٣٠).

(٢) رواه أحمد في مسنده عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «من الحنطة خمر، ومن الشعير خمر، ومن التمر خمر، ومن الزبيب خمر، ومن العسل خمر» (٤/ ٧٣، ٧٤).

الشعير أو الذرة، وغير ذلك فقد ثبت فيه أحاديث صحيحة في البخاري وغيره.

وقد يقال: بأن زراعة القصب والعنب حرام، لأن منهما تؤخذ أعلى أنواع الخمر وأنفسه عند أهله.

وهذا مردود بأن زراعة القصب والعنب وإن كانت ذريعة إلى الخمر إلا أنها غير مباشرة، بل هي بعيدة جدًا فلا تدخل معنا في هذه القاعدة لبعد العلاقة بين العنب والقصب والخمر.

الفرع السادس: الحرير والحلي للرجال:

الحرير والحلي للرجال يحرمان، والمراد بالحرير الذي يحرم اتخاذه هو حرير دودة القز أو حرير الإبر يسم المطبوخ، فيحرم اقتناؤهما لأنه يحرم استعمالهما للرجال دون النساء.

وحيث ثبت تحريم الاستعمال على الرجال، ثبت تحريم الاتخاذ والادخار، لما روي عن علي ﷺ قال: رأيت رسول الله ﷺ أخذ حريرًا فجعله في يمينه، وذهبًا فجعله في شماله ثم قال: «**إن هذين حرام على ذكور أمتي**»[1]، وفي رواية: «**وحل لإناثهم**»، ويدخل مع الحرير الاستبرق والديباج والإبريسم المطبوخ، فهذا كله حرام على الرجال؛ لأنه من أنواع الحرير إلا لضرورة، وأما النساء فيباح لهن لبس الحرير بجميع أنواعه والحلي والذهب والفضة وهذا مذهب جماهير العلماء، وانعقد

---

(١) رواه أبو داود بإسناد حسن، والنووي في رياض الصالحين باب تحريم لباس الحرير على الرجال وتحريم جلوسهم عليه واستنادهم إليه، وجواز لبسه للنساء (ص٣٤٥).

عليه الإجماع للأحاديث المصرحة بالتحريم[1] على الرجال دون النساء.

وإذا حرم الحرير والحلي على الرجال فيحرم اقتناؤهما حتى لا يكون ذريعة إلى الاستعمال المحرم عملاً بالقاعدة.

قال السيوطي: ونقضت هذه القاعدة بمسألة الباب في الصلح فإن الأصح أن له فتحه إذا سمره.

هذا اعتراض من السيوطي على هذه القاعدة بأن هناك ذرائع تؤدي إلى الممنوع، ولكنها ليست ممنوعة، ومقتضى القاعدة أنها ممنوعة، وعليه فيكون ليس كل ممنوع خارجًا عن القاعدة، كما في مسألة الباب في الصلح فعلى الأصح أن له فتحة إذا سمره مع أنه قد يستعمل الباب إذا فتحه، ومقابل الأصح ليس له فتحه، وهذا موافق للقاعدة.

وأجيب: بأن له فتحه عملاً بالأصح لأن أهل الدرب يمنعونه من الاستعمال.

وإذا ماتوا فورثتهم، بخلاف متخذ الإناء من الذهب ونحوه فليس عنده من يمنعه، وقد يجره اتخاذه إلى استعماله، فالقاعدة ليست على إطلاقها وإنما هي مقيدة بحرمة الاتخاذ عند عدم وجود من يمنعه من الاستعمال، فإن وجد من يمنع كما في مسألة فتح الباب في الصلح فلا حرمة في الفتح.

والدرب. كل طريق يؤدي إلى غيره، وهو نوعان:

نافذ، ويجوز فيه الفتح، وغير نافذ فلا يجوز فيه الفتح على مقابل الأصح، وأما

(١) انظر: صحيح مسلم شرح النووي (١٤/ ٣٢).

على الأصح فيجوز.

فكل ما يحرم استعماله يحرم اتخاذه حتى لا يجر الاتخاذ إلى الاستعمال، إلا في مسألة فتح الباب في الدرب، كما ذكرنا، والله أعلم .

تم بحمد الله ، والحمد لله أولاً وآخرًا ، ﴿رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ ﴿١٢٧﴾﴾.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

* * *

المراجع

أولًا: القرآن الكريم.

ثانيًا: كتب التفسير:

١- أحكام القرآن لابن العربي ، تحقيق : علي محمد البخاري ، دار المعرفة – بيروت – لبنان .

٢- أحكم القرآن للجصاص ، دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان .

٣- التحرير والتنوير لابن عاشور ، طبعة خاصة ، المجمع الثقافي أبو ظبي .

٤- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر – بالقاهرة ، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .

٥- في ظلال القرآن لسيد قطب ، دار الشروق .

ثالثًا : كتب الحديث وشروحه :

١- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث سيد المرسلين ، لابن حجر ، دار نشر الكتب الإسلامية .

٢- جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير ، تحقيق : عبد القادر الأرناؤوط .

٣- رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ، للنووي ، تحقيق : مصطفى عمارة ، دار إحياء الكتب العربية – الحلبي .

٤- صحيح مسلم بشرح النووي ، المطبعة المصرية – القاهرة .

٥- سبل السلام للصنعاني ، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، لابن حجر ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر .

٦- فتح الباري بشرح ابن حجر ، المطبعة المصرية – القاهرة .

٧- مسند أحمد ، المطبعة الميمونية ، سنة ١٣٠٦هـ .

٨- نيل الأوطار للشوكاني ، الطبعة الأخيرة ، طبع مصطفى البابي الحلبي – مصر .

رابعًا : كتب الفقه المذهبي :

٩- إيضاح المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، للونشريسي .

١٠- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ، دار الفكر – بيروت – لبنان .

١١- الإفصاح لابن هبيرة .

١٢- أحكام العقود في الشريعة الإسلامية ، للشيخ علي قراعة .

١٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، دار المعرفة – بيروت – لبنان.

١٤- التنبيه ، لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي .

١٥- حاشية الشيخ الباجوري على ابن قاسم .

١٦- حاشية البيجرمي على الخطيب ، الطبعة الأخيرة ، ١٣٧٠هـ-١٩٥١م.

١٧- حاشيتا القليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي ، للنووي .

١٨- روضة الطالبين للإمام النووي ، المكتب الإسلامي .

١٩- قوانين الأحكام لابن جزي .

٢٠- المجموع شرح المهذب ، للإمام النووي ، دار الفكر .

٢١- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، شرح الشربيني الخطيب ، مطبعة الحلبي .

٢٢- المبسوط لشمس الدين السرخسي ، دار المعرفة – بيروت – لبنان .

٢٣- المغني لابن قدامة مكتبة الجمهورية العربية – بمصر .

٢٤- مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، للحطاب .

٢٥- المحلى لابن حزم ، دار الآفاق الحديثة – بيروت .

٢٦- نهاية المحتاج شرح المنهاج ، للرملي ، مطبعة الحلبي – مصر .

خامسًا : كتب أصول الفقه :

٢٧- أصول الفقه ، للبرديسي .

٢٨- أصول الفقه ، للشيخ محمد أبي زهرة .

٢٩- أصول الفقه ، للشيخ محمد أبي النور زهير .

٣٠- إرشاد الفحول ، للشوكاني .

٣١- أصول الشاشي ، وبهامشه عمدة الحواشي ، دار الكتاب العربي – بيروت .

٣٢- الفروق ، للقرافي ، عالم الكتب – بيروت .

٣٣- المستصفى ، للغزالي ، تحقيق : الشيخ محمد مصطفى أبي العلا ، مكتبة الجندي .

سادسًا: كتب القواعد :

٣٤- الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، دار إحياء الكتب العربية – طبع الحلبي .

٣٥- الأشباه والنظائر ، لابن نجيم ، المطبعة الحديثة .

٣٦- الأشباه والنظائر ، لابن السبكي ، تحقيق : الدكتور عبد الفتاح أبي العينين .

٣٧- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تأليف : علي حيدر ، منشورات مكتبة النهضة – بيروت – بغداد .

٣٨- شرح القواعد الفقهية ، للشيخ أحمد محمد الزرقا ، الطبعة الثانية ، دار القلم – دمشق .

٣٩- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ، لابن نجيم المصري – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان .

٤٠- الفروق ، للقرافي ، عالم الكتب – بيروت .

٤١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للعز بن عبد السلام ، دار الجيل – بيروت – لبنان .

٤٢- القواعد الفقهية تاريخها وأثرها في الفقه ، لمحمد الوائلي ، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م .

٤٣- القواعد الفقهية ، لمحمد الزحيلي .

٤٤- القواعد الفقهية ، للنووي .

٤٥- القواعد ، لابن رجب الحنبلي .

٤٦- مقدمة المنثور في القواعد ، للزركشي .

سابعًا : كتب المعاجم اللغوية :

٤٧- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، للرافعي ، الطبعة الثانية ، ١٣٢٤هـ- ١٩٠٦م .

٤٨- المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم.

ثامنًا : المراجع العامة :

٤٩- أصول القانون ، للدكتوران : عبد الرازق السنهوري ، وأحمد حشمت أبو شتيت ، طبع لجنة التأليف - بالقاهرة ، ١٩٥٠م .

٥٠- الإسلام عقيدة وشريعة ، للشيخ شلتوت ، دار القلم .

٥١- بحوث في البيع دراسة مقارنة ، للدكتور علي أحمد مرعي .

٥٢- تاريخ القضاء في الإسلام لابن عرنوس .

٥٣- تاريخ التشريع الإسلامي ، للأستاذين الشيخ محمد علي السايس ، والشيخ عبد الرحمن تاج .

٥٤- تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى .

٥٥- جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الله الطريقي ، الطبعة الثالثة .

٥٦- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لابن قيم الجوزية .

٥٧- فواتح الرحموت ، للأنصاري .

٥٨- القضاء في الإسلام ، للدكتور محمد سلام مدكور .

٥٩- محاضرات في الفقه الشافعي ، للدكتور عبد العزيز محمد عزام .

٦٠- مشروع تقنين الشريعة الإسلامية ، على مذهب الإمام الشافعي .

٦١- نظام القضاء في الإسلام ، للدكتور محمد جمال الدين عواد .

٦٢- نظام القضاء في الإسلام ، للدكتور عبد العزيز محمد عزام .

٦٣- الخيارات في الفقه الإسلامي ، للدكتور عبد العزيز عزام ، طبعة دار الهدى ، عام١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م .

٦٤- مظاهر التيسير في التشريع الإسلامي ، للدكتور عبد العزيز عزام ، مطبة دار الهدى ، الطبعة الأولى ، عام١٤٠٣هـ-١٩٨٣م .

٦٥- المستثنيات في العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التي ترد عليها الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير للباحث : نجاح عثمان إسماعيل .

٦٦- الأحكام الأساسية للميراث ، للدكتور زكريا البحري .

٦٧- الجناية العمد للطبيب على الأعضاء البشرية ، د.محمد يسري إبراهيم .

* * *

فهرس الموضوعات

الفهرس

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

* * *